

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP13766-2019

Radicación n.º 107045

(Aprobación Acta No.154)

Bogotá D.C., ocho (08) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas, la acción interpuesta por Alex Fernando Chalarcá Marmolejo contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con Función de Conocimiento, con ocasión de la decisión adoptada en segunda instancia en el marco del proceso penal 760016000000201900066.

Fueron vinculados como terceros con interés legítimo en el presente asunto las demás autoridades, partes e intervinientes en las referidas diligencias.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El ciudadano Alex Fernando Chalarcá Marmolejo solicita el amparo de su derecho

fundamental al debido proceso, el cual considera le ha sido vulnerado en el marco del proceso penal radicado 760016000000201900066.

Al respecto, informa que la Fiscalía radicó escrito de acusación en su contra por los delitos de concierto para delinquir agravado y receptación en concurso homogéneo.

Aunque llegaron a un preacuerdo, según el cual, si aceptaba su responsabilidad e indemnizaba a las víctimas, le sería reconocido que actuó bajo la influencia de profunda situación de marginalidad establecida en el artículo 56 del Código Penal, de manera irregular esa autoridad incluyó en el escrito del preacuerdo el delito de porte de estupefacientes.

Aunado a lo anterior, el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con Función de Conocimiento no aprobó el preacuerdo, y aunque su defensor interpuso recurso de apelación, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se abstuvo de resolverlo.

Por esos motivos, el accionante considera que esta acción es el único mecanismo con el que cuenta para que se subsanen las irregularidades presentadas en el caso.

En consecuencia, solicita que se decrete la nulidad a partir de la elaboración del documento contentivo del preacuerdo, para que el delito de porte de estupefacientes no sea incluido, la pena a imponerle sea de treinta meses de prisión y se le concedan los beneficios y subrogados a que haya lugar.

Como prueba aportó copia del auto de 20 de agosto de 2019, mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se abstuvo de resolver el recurso de apelación presentado por su defensor contra la decisión proferida el 15 de mayo de 2019 por el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con Función de Conocimiento, mediante la cual declaró la ilegalidad del acuerdo celebrado entre las partes.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1. El Magistrado ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali remitió copia de la decisión censurada, informando que las diligencias fueron regresadas a la primera instancia.

2. La Fiscalía Séptima delegada ante los Jueces Penales del Circuito Cali, adscrita a la Unidad Seguridad Pública, dio cuenta de las actuaciones adelantadas en el marco del proceso penal 760016000000201900066.

Refirió que las diligencias iniciaron por parte de la Fiscalía 86 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali de la Estructura de Apoyo, con el fin de desarticular una organización dedicada al hurto de motocicletas y vehículos, y la comercialización de los mismos.

Se logró identificar e individualizar a varios de sus integrantes, entre ellos el ahora accionante, a quienes les fueron imputados cargos por los delitos de concierto para delinquir, receptación y tráfico de estupefacientes.

En el caso del accionante, quien presuntamente es el líder de la organización, le fueron imputados cargos por 14 hechos, de los cuales 13 son por Receptación y Concierto para delinquir agravado y 1 por el Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

No obstante lo anterior, por un error involuntario del fiscal de turno se omitió acusar al accionante por el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

El 12 de octubre de 2018, los procesados, con excepción del accionante, celebraron un

preacuerdo con la Fiscalía, en virtud del cual fue emitida la correspondiente sentencia.

Dado que el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con Función de Conocimiento condicionó el preacuerdo con el accionante a la indemnización de las víctimas, se destacó que fueron recuperadas cuatro motocicletas y una camioneta, las cuales fueron devueltas a sus propietarios.

Así las cosas, el 15 de mayo de 2019, en la audiencia de juicio oral, la Fiscalía solicitó el uso de la palabra para variar la audiencia y sustentar el preacuerdo realizado con el accionante.

Fue así como informó que de los 13 eventos por los delitos de receptación y concierto para delinquir, las víctimas de 6 eventos fueron indemnizadas por los otros integrantes de la organización. En relación con las personas que no fueron indemnizadas se presentó la correspondiente explicación.

Además, dicha autoridad explicó que como no tenía cómo demostrar el incremento patrimonial de Alex Fernando Chalarcá Marmolejo, el preacuerdo estaba encaminado a que este aceptara su responsabilidad por los tres delitos que le fueron imputados, es decir, receptación, concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, a cambio de imponerle una pena de prisión de 41 meses y 10 días, y multa de 223.694 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como resultado de aplicarle el beneficio del artículo 56 del Código Penal, como se acordó con los demás integrantes de la organización.

Luego de sustentar el preacuerdo, el delegado del Ministerio Público intervino y censuró el preacuerdo porque las víctimas no fueron indemnizadas en su totalidad y se introdujo otro delito.

Dichas alegaciones fueron compartidas por el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con

Función de Conocimiento, quien improbo el preacuerdo. Se trata de una decisión en relación con la cual la defensa es la única que interpuso el recurso de apelación.

3. El Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con Función de Conocimiento informó que ocasión de la determinación adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, convocó a la audiencia de juicio oral para el próximo 20 de noviembre. Solicitó denegar el amparo invocado porque el accionante puede volver a celebrar otro preacuerdo que se ajuste al ordenamiento jurídico.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, esta Sala es competente para conocer la acción de tutela promovida por el ciudadano Alex Fernando Chalarcá Marmolejo contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con Función de Conocimiento.

Si bien el accionante censura tanto la decisión que improbo el preacuerdo celebrado con la Fiscalía como la que resolvió no desatar el recurso de apelación, esta Sala solamente procederá a pronunciarse sobre el auto proferido el 20 de agosto de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro del proceso penal 760016000000201900066, por cuanto el recurso de apelación es el mecanismo idóneo de defensa para corregir los yerros en los que presuntamente incurrieron la Fiscalía y el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con Función de Conocimiento.

Así las cosas, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en determinar si contra la decisión mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se

abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la decisión que no aprobó el preacuerdo celebrado con la Fiscalía, se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales y, en consecuencia, debe concederse el amparo invocado.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Como ha sido recurrentemente recordado por esta Sala, la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para la accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la Doctrina constitucional, la acción de tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales de la parte accionante.

e. Que la accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta» (Textual).

En punto de las exigencias específicas, como fue recogido en la sentencia C-590 de 2005, han sido establecidas las que a continuación se relacionan:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la

providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

b. Defecto procedimental [que se puede estructurar a partir de dos formas: (i) la absoluta, que se presenta en los eventos donde el funcionario judicial sigue un procedimiento diferente al establecido en la ley, u omite alguna de las principales fases del proceso y quebranta los derechos de defensa y contradicción de las partes; y (ii) por exceso ritual manifiesto, el cual se manifiesta cuando el fallador desconoce el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, en tanto le impide a las personas el acceso a la administración de justicia y el deber de dar prevalencia al derecho sustancial.¹].

c. Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales² o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

e. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la

tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [3].

h. Violación directa de la Constitución [Como fue desarrollado en la sentencia de SU-198 de 2013, esta se configura (i) cuando el juez resuelve dejando de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, -«(a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución»-; o (ii) aplica la ley al margen de las disposiciones constitucionales].

Queda entonces claro que en atención a la fuerza normativa de la cosa juzgada y al respeto de la autonomía judicial, la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando se dirige a cuestionar una decisión judicial, tiene carácter excepcional, y su prosperidad está atada a que se cumplan los requisitos de procedibilidad anteriormente enunciados. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

Análisis del caso concreto.

En el caso bajo examen, a partir de la revisión de las pruebas obrantes, se observa que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Alex Fernando Chalarcá Marmolejo, al considerar que la Fiscalía era la única parte legitimada para censurar la decisión que improbo el preacuerdo.

Dijo la autoridad accionada:

Esta Colegiatura carece de facultad legal para desatar el recurso de apelación en atención

que éste fue interpuesto por el defensor y no por quien tiene legitimidad para ello: la Fiscalía como órgano de la acusación. En efecto:

A.- La Fiscalía es la titular de la acción penal (art. 250 de la C.N.) y, como tal, de un lado, es la que hace la acusación: 1.- en el correspondiente escrito o, 2.-en el Acuerdo que celebre con el procesado, el cual equivale al escrito de acusación (art. 350 L.906/04) y, de otro, el procesado, como sujeto pasivo de la acción penal está sometido a los extremos de la acusación.

B.- La voluntad de la Fiscalía es la que determina la existencia del Acuerdo pues la sistemática de las normas procesales sobre los acuerdos (arts. 348 a 352 ibídem) es inequívoca en que, si bien el procesado puede tener iniciativa en diferentes momentos del proceso para celebrar el acuerdo que ponga fin al proceso en forma anticipada, lo cierto e Indiscutible es que:

1.- La celebración del acuerdo no es, estricto sentido, un derecho del procesado sino una manifestación de voluntad de las partes pues:

“(…) el hecho de que el acusado manifieste su voluntad de llegar a un acuerdo no implica que, de forma automática, la Fiscalía deba acceder a ello, pues de la naturaleza de la aceptación preacordada de responsabilidad se desprende la necesidad de un acuerdo de voluntades, en virtud del cual se logre la culminación anticipada de la actuación, a cambio de un tratamiento punitivo menos severo.” [CSJ SCP AP3720-2018, 29 ago 2018, Rad. 48414].

2.- Es el ente acusador el que tiene el deber legal de definir o determinar los términos y alcances del convenio y,

3.- Por lo mismo, el procesado no está legalmente legitimado para obligar a la Fiscalía a que celebre con él el acuerdo, cuando la voluntad de la misma es de no celebrarlo, por la razón

que sea. Sobre este particular, la jurisprudencia tiene sentado que:

“(...) ningún derecho le asiste al procesado a que el fiscal negocie con él los términos en que ha de ser acusado. No. En tanto dueña de la acusación, la Fiscalía está facultada legalmente para convocar a juicio a quien investigó en los términos tácticos y jurídicos que ella estime apropiados -siempre y cuando se den los presupuestos normativos para ello, desde luego-. Si es de su interés, podrá optar por una acusación preacordada, al margen de que la iniciativa sea motu proprio o que provenga del imputado. Mas las propuestas de éste podrán entenderse, apenas, como ofertas que el fiscal puede atender para buscar una negociación o simplemente desechar, sin que en manera alguna sean vinculantes ni obliguen al dueño de la acusación a justificar o motivar su rechazo o admisión.” [Ibídem].

C- Sólo la Fiscalía puede impugnar la decisión que declara ilegal el Acuerdo, toda vez que:

1.- En lógica jurídica, sí la Fiscalía tiene razones jurídicas de peso para oponerse a la decisión del Juez que rechaza el acuerdo e interpone el recurso de apelación para lograr la revocatoria de esa determinación y que se tenga en cuenta su manifestación de voluntad, es obvio que el acuerdo existe como objeto de valoración en términos de legalidad por parte del Juez ad quem y, por ende, éste tiene competencia para revisar tal decisión. De lo contrario no.

2.- No se discute que el defensor, el Ministerio Público y la víctima tienen facultad legal para apelar las decisiones contrarias a sus intereses pero, tratándose de la acusación -y el acuerdo es una forma de ella-: a.- la misma es un acto de parte que carece de control material por el juez y, por consiguiente, el defensor no tiene injerencia en ella y, b.- por la misma razón, el juez no puede pronunciarse sobre los reparos que a la misma haga el defensor.

3.- Si el fiscal delegado conviene en que le asiste razón al Juez al declarar la ilegalidad del acuerdo y, por lo mismo, decide no impugnar esa decisión: a.- debe entenderse que con ello

retira esa voluntad; b.- por consiguiente, sin ésta, desaparece el acuerdo como figura jurídica en el caso concreto para efectos de terminar en forma anticipada el proceso y, c- en consecuencia, por la misma razón, el recurso de apelación no puede constituirse en un mecanismo orientado a que el Juez ad quem obligue a la Fiscalía a que actúe en forma contraria a su voluntad.

D.- La Fiscalía ha aceptado la decisión que declara la ilegalidad del Acuerdo toda vez que:...//...a.- la Fiscalía admitió que el Acuerdo es ilegal por las claras y precisas razones que expuso el Juez y, b.- en consecuencia, dejó claro que su voluntad en el presente caso no es terminar el proceso de manera anticipada con fundamento en el convenio que puso a consideración del Juez en la audiencia del 15 de mayo de 2019.

Al respecto la Sala encuentra que con su decisión la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali incurrió en un «defecto sustantivo» y en «violación directa de la Constitución Nacional», como pasa a explicarse.

En primer lugar, se advierte que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali consideró que la decisión AP3720-2018 proferida por esta Corporación el 29 de agosto de 2018 dentro del radicado 48414 era un precedente aplicable al caso, cuando lo cierto es que no había correspondencia fáctica ni jurídica.

En el caso que dio lugar a la providencia invocada, el procesado alegaba que la falta de interés de la Fiscalía para celebrar un preacuerdo constituía una vulneración de sus derechos fundamentales. Por eso, fue que la Corte precisó que las propuestas del procesado solamente pueden entenderse «...como ofertas que el fiscal puede atender para buscar una negociación o simplemente desechar, sin que en manera alguna sean vinculantes ni obliguen al dueño de la acusación a justificar o motivar su rechazo o admisión» (Textual).

En cambio en este caso, se evidencia que la Fiscalía sí tiene interés de negociar con el accionante, y que este interés está latente, al punto que así lo reconoció cuando respondió

la presente acción de tutela.

Así las cosas, la Sala encuentra que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali incurrió en un «defecto sustantivo» porque con fundamento en una providencia que no guardaba correspondencia fáctica ni jurídica para ser invocada como precedente, inobservó e inaplicó la norma pertinente para valorar si en el asunto se cumplía con el requisito de legitimación en la causa por activa.

Se trata del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que una de las finalidades de los preacuerdos y negociaciones es «...lograr la participación del imputado en la definición de su caso...» (Textual).

Al respecto, esta Corporación ha señalado que esa finalidad es una materialización del principio de participación establecido en el artículo 2 de la Constitución Nacional, como fue reconocido en la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2005 dentro del radicado 21347:

7.2.3. Las finalidades de las negociaciones y acuerdos entre Fiscalía e imputado o procesado, declaradas por el legislador en la norma citada, son:

- Humanizar la actuación procesal y la pena.
- Obtener pronta y cumplida justicia.
- Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito.
- Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto. Y,
- Lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

En particular ésta última, originada en el principio democrático de facilitar la participación

de todos en las decisiones que los afectan contenido en el artículo 2º de la [Constitución Política](#), se vincula con la idea de una justicia en la que sin desconocerse los derechos de la víctima y el interés de la Fiscalía por lograr cierta respuesta sancionatoria en un caso concreto, el procesado siempre cuenta con la opción de anticipar la sentencia a cambio de una rebaja en la pena... (Textual).

Corolario de lo anterior, la Sala advierte que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali también incurrió en «violación directa de la Constitución Nacional» porque con su resolución de no garantizar la doble instancia, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución, según el cual, lograr la participación del procesado en la definición de su caso, como está previsto en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, es a su vez una materialización de ese principio establecido en el artículo 2 de nuestra Carta Política.

En consecuencia, se ampararán los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de Alex Fernando Chalarcá Marmolejo, y se dejará sin efectos el auto proferido el 20 de agosto de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro del proceso penal 760016000000201900066, para que dicha autoridad se pronuncie frente al recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el marco jurídico vigente.

Esta orden no supedita de manera alguna el sentido de la decisión que deberá emitir la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sino que conlleva a que dicha autoridad deberá tomar la decisión que corresponda de conformidad con el marco jurídico vigente, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia que orientan la actividad judicial.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE

DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. AMPARAR los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de Alex Fernando Chalarcá Marmolejo, por las razones anotadas en precedencia.

2. En consecuencia, dejar sin efectos el auto proferido el 20 de agosto de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro del proceso penal 760016000000201900066, mediante el cual se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Alex Fernando Chalarcá Marmolejo.

3. ORDENAR a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, solicite la remisión del proceso penal 760016000000201900066 y una vez lo reciba, en igual término, se pronuncie frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Alex Fernando Chalarcá Marmolejo.

Esta orden no supedita de manera alguna el sentido de la decisión que deberá emitir la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sino que conlleva a que dicha autoridad deberá tomar la decisión que corresponda de conformidad con el marco jurídico vigente, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia que orientan la

actividad judicial.

4. NOTIFICAR a los sujetos procesales por el medio más expedito el presente fallo, informándoles que puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes, contados a partir de su notificación.

5. Si no fuere impugnado, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CC SU-355 de 2017.

2 CC T-522 de 2001.

3 « Cfr. Sentencias T-462 de 2003 ; SU-1184 de 2001 ; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001. »