

PREACUERDOS – Momento procesal de aplicación de los precedentes pertinentes.

“(…) es la fecha en la que se postula el pacto o convenio de responsabilidad ante la judicatura de conocimiento la que marca la aplicabilidad de dichas reglas, por aquello de la confiabilidad que aquella presentación judicial ofrece, más no el del momento de la comisión del delito base de juzgamiento, porque las oscilaciones jurisprudenciales están orientadas específicamente a una nueva conceptualización de la figura procesal basada en el consenso, a partir de la cual se debe estudiar su “debido proceso” o la “legalidad del trámite”, lo que incluye la “preexistencia del precedente normativo y/o judicial”, si se tiene en cuenta que en ningún momento aparece afectada la estricta legalidad del delito”.

PREACUERDO SIN BASE FACTUAL – En este asunto se acogió esta modalidad, al pretender la rebaja de la sanción.

“Es claro o evidente que el convenio de terminación del proceso fue activado por las partes bajo la modalidad que se conoce como PREACUERDO SIN BASE FACTICA O FACTUAL, porque la alusión a la norma diminuyente de la COMPLICIDAD solo lo es para efectos de la escrupulosa rebaja de sanción que corresponde al evento como único beneficio compensatorio, en virtud de la admisión de responsabilidad antes del debate del juicio oral, pero no porque su contenido aplique de manera real u ontológica a alguno de los punibles imputados al grupo de coautores”.

SUSTITUTO DE PRISIÓN DOMICILIARIA – Improcedencia al no cumplir con el presupuesto objetivo del artículo 38B.

“En este caso, como el punible mayor o más grave que ontológicamente se ha cometido (...) es el de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, que según el artículo 365 sustantivo penal prevé pena mínima de nueve (9) años de prisión, la cual se les ha venido atribuyendo a título de coautores,(...) resulta claro que no es viable la concesión de la prisión domiciliaria deprecada (...), toda vez que no se cumple con el presupuesto objetivo previsto en el artículo 38B para conceder la concesión del benéfico punitivo, último que reclama para su otorgamiento”.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Sentencia Penal N°:	08
Radicación:	520016000485-2020-00632 NI. 33119
Acusado:	JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ- ANDRÉS ALEXANDER MELO BENÍTEZ- JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS

Delito:	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en concurso con Constreñimiento ilegal.
Aprobación:	84 del 26 de mayo del 2021

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, primero (1) de junio del dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el doctor JOSÉ HENRY ZAMBRANO ARTEAGA, en su condición de abogado defensor de los condenados JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ y JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS, y el doctor ERICK WILLIAM DÍAZ RAMOS, en su condición de apoderado del condenado ANDRÉS ALEXANDER MELO, en contra de la providencia proferida el día 10 de marzo 2021, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño), a través de la cual se condenó a los sentenciados a la pena de SESENTA (60) MESES DE PRISIÓN, y se les negó la concesión del sustituto de prisión domiciliaria.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTES

La historia procesal da cuenta que, el día 23 de mayo de 2020, siendo las 12:50 horas, en el sector de la manzana C del barrio San Carlos de la ciudad de Pasto, realizando labores de patrullaje, personal de la Policía Nacional, obtiene información acerca de varios sujetos, quienes amenazaron con un arma de fuego a un ciudadano en el sector de Jongovito; mismos que se movilizaban en un vehículo tipo camioneta, línea TUCSON, color gris,

Acto seguido, al llegar exactamente frente a la casa 58, sector centro Corregimiento de Jongovito, observaron un bus de la empresa TRANSIPIALES, de color verde y blanco, de placa SEY065, número interno 2024 y una camioneta HYUNDAI TUCSON, color gris, de placa CPH-587; junto a estos vehículos se encontraban tres sujetos, a quienes se procedió a realizarles un registro personal; posterior a ello, observaron que en el interior de la camioneta se encontraba un ciudadano, quien en su mano derecha tenía un elemento, que pretendió esconder debajo del asiento del vehículo; objeto que al interceptarse, corresponde a un arma de fuego, tipo pistola, calibre 9 milímetros, color negro, marca CZ, con un proveedor metálico que contenía 7 cartuchos calibre 9 milímetros.

En consecuencia, se solicitó salvoconducto del arma para su porte, a lo que el ciudadano, quien se identificó como JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS, manifestó no tener ningún documento; momento en el cual uno de los ciudadanos presentes, quien se identificó como YEISON FABIAN BENAVIDES ROMO, se acercó y manifestó que le colaboraran toda vez que, esos tres sujetos lo citaron en la avenida Idema y una vez acudió a la cita, procedieron a subirlo en la camioneta TUCSON y con el arma de fuego lo amenazaron, manifestándole que lo iban a matar y que pretendían quitarle sus vehículos.

Bajo las circunstancias anteriores y al identificarse los otros dos ciudadanos como ANDRÉS ALEXANDER MELO BENÍTEZ y JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ, se procedió a dar lectura de los derechos que les asistían como personas capturadas por los delitos de FABRICACIÓN, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES Y CONSTREÑIMIENTO ILEGAL, incautando los elementos y posterior

traslado a las instalaciones de la URI para su judicialización. Al señor YEISON FABIAN BENAVIDES, víctima, se le trasladó a la URI para colocar la respectiva denuncia.

Seguidamente, se realizó experticia técnica al arma de fuego y los cartuchos incautados, obteniendo de conformidad al informe de investigador de laboratorio de balística forense como resultado: que el arma de fuego tipo pistola *“ES APTA PARA DISPARAR”* y los siete cartuchos encamisados *“SON APTOS PARA SER ACCIONADOS”* y efectivamente se utilizaron en las pruebas de patronamiento y disparo.

Según reposa en el expediente, el 24 de mayo de 2020, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sandoná (Nariño), en función de control de garantías, se realizó audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medidas de aseguramiento. De conformidad con el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, se formuló imputación en contra de JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ, ANDRÉS ALEXANDER MELO BENAVIDES Y JESÚS ALBEIRO OROZCO por los delitos de porte ilegal de arma de fuego contemplado en el artículo 365 del Código Penal, en concurso con el punible de Constreñimiento del artículo 182 Ídem, agravado por la coparticipación criminal, desplegado en calidad de COAUTORES, a título de DOLO. Los acriminados NO ACEPTAN CARGOS, razón por la cual la imputación se concretó en los delitos incriminados. Más adelante, el Juez de Control de Garantías impuso a los imputados la medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de residencia.

Continuando con el trámite de la acción penal, el día 15 de julio de 2020, se radicó el correspondiente escrito de acusación en contra de los procesados. Posteriormente, el día 21 de septiembre de 2020 se dio

curso a la audiencia de acusación, actuación de la cual no se produjo objeción alguna.

Seguidamente, el día 28 de octubre de 2020 se realizó audiencia preparatoria en virtud de la cual se procedió al descubrimiento probatorio de la defensa, estipulaciones probatorias y las correspondientes solicitudes y decretos probatorios; decisión que fue objeto de recurso de reposición por parte del ente acusador frente a la negativa del decreto del testimonio técnico investigador JHONY ALEXANDER DÍAZ ZAMBRANO; misma que no se repuso por parte del Despacho.

El día 10 de diciembre de 2020 se llevó a cabo audiencia de juicio oral, en la cual el ente acusador dio a conocer que las partes habían llegado a un preacuerdo para obviar el trámite del Juicio Oral, y en consecuencia se concedió el uso de la palabra a la Fiscalía para efectos de su postulación, quien inicio aclarando que -frente a la circunstancia de coparticipación criminal, imputada inicialmente- tras hacer un análisis de los elementos probatorios, contaba con un elemento que considera insuficiente para lograr acreditar que esa situación de coparticipación criminal había aumentó en una manera sustancial la afectación al bien jurídico tutelado; por ello modificó la acusación, eliminando ese agravante; acto seguido manifestó los términos del preacuerdo así:

“Los procesados aceptan su responsabilidad en la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego bajo el verbo rector, en concurso con el delito de constreñimiento ilegal, teniendo en cuenta que se trata de un concurso de conductas punibles, la conducta de mayor gravedad es el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego con una pena de 9 años a 12 años, más otro tanto por el delito de constreñimiento ilegal que tiene sanción punitiva de 16 a 36 meses de prisión, en calidad de coautores materiales y en modalidad dolosa; y como contraprestación se degrada su participación de coautores a cómplices, disminuyendo la pena

de la sexta parte a la mitad de la infracción, pactando la pena en 60 meses de prisión, más las penas accesorias contenidas en el art. 44, 49 y 52 del Código Penal”.

Por su parte, el Ministerio Público coincidió con los argumentos de la Fiscalía y precisó que, en puto de posibles subrogados y sustitutos penales en favor de los acusados, no se cumplían los requisitos objetivos para su otorgamiento. Finalmente, el Juez procedió a impartir aprobación al preacuerdo y se anunció el sentido de fallo de carácter condenatorio.

Dando continuidad a la audiencia de individualización de la pena, de conformidad con lo señalado en el artículo 447 del C.P.P, se concedió el uso de la palabra a la Fiscalía quien argumentó que, respecto a los subrogados penales, no resultaba viable su concesión teniendo en cuenta la no acreditación del factor objetivo. Respecto al sustituto de prisión domiciliaria, en razón a las directrices en materia de preacuerdos, adujo que el delito de porte ilegal de armas reviste una pena superior a los 8 años, por consiguiente, los procesados no serían merecedores a ninguno de los beneficios.

El Dr. ÁLAVA THOMAS como defensor de JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ y JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS, precisó que sus representados carecen de antecedentes penales hasta la fecha, aunado a que han cumplido de manera satisfactoria con la detención domiciliaria y que el delito imputado no está en la lista de prohibiciones del artículo 68-A, razón por la cual se debe conceder la prisión domiciliaria, en base en lo establecido en el artículo 38B Procesal Penal.

En este sentido, apoderado defensor de los intereses jurídicos del acusado ANDRÉS ALEXANDER MELO BENÍTEZ, adujo que en las audiencias preliminares se manifestó que su representado ostentaba la

condición de “Padre Cabeza de Familia”, situación que no se ha podido acreditar, toda vez que, por la situación actual de pandemia, no se ha podido contratar un trabajador social, manifestación frente a la cual el Despacho de conocimiento decidió suspender la audiencia, a fin de que la defensa realizara las gestiones pertinentes y allegara los EMP para acreditar la condición de “Padre Cabeza de Familia del procesado. Conforme a lo anterior, el defensor se puso en contacto con el procesado para que indicara los medios y los modos de cómo podría adelantar el recaudo de los EMP, sin embargo su representado hizo caso omiso a sus requerimientos y no aportó los medios para probar la condición indicada.

El día 10 de marzo de 2021 se surtió la audiencia de lectura de fallo, en la cual el Juzgado de Conocimiento resolvió CONDENAR individualmente a JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS, JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ y ANDRÉS ALEXANDER MELO BENÍTEZ, a la pena principal de 60 meses de prisión, las accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y la prohibición para el porte y tenencia de armas de fuego de defensa personal, por el mismo término de la pena privativa de la libertad, por haberlos encontrado responsables de ser coautores del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, en concurso con el delito de CONSTREÑIMIENTO ILEGAL; además de NEGAR a los procesados el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena y el sustituto de prisión domiciliaria, disponiendo que -en consecuencia- purgaran sus penas en privación efectiva de la libertad en centro de reclusión carcelaria designado por el INPEC. Por último, declaró el comiso del arma de fuego derivada de la comisión del punible.

Contra esta decisión fueron presentados recursos de apelación por parte de los apoderados de la defensa, estrictamente en referencia a la negación del sustituto de la PRISIÓN DOMICILIARIA, aspecto que ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto con funciones de conocimiento, inicio su argumentación indicando que, en el caso en particular, los EMP dan cuenta que los comportamientos desplegados por los procesados se adecúan a la descripción típica del concurso de delitos de PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL y CONSTREÑIMIENTO ILEGAL, además de su actuar doloso; de ahí que se haya desvirtuado la presunción de inocencia, para llegar a un grado de conocimiento más allá de toda duda para proferir una sentencia de condena en su contra.

Para efectos de individualización de la pena, el Despacho se acogió a los términos del preacuerdo, por ello procedió a imponer la pena principal de 60 meses de prisión y las accesorias pactadas, al igual que decretó el comiso del arma de fuego objeto de la comisión del delito.

Respecto del subrogado de la suspensión provisional de la ejecución de la pena, establecido en el artículo 63 del Código penal, el A-Quo indicó que el mismo no procedía por cuanto no se cumple con uno de los presupuestos objetivos para su habilitación, como lo es que la pena impuesta sea igual o inferior a 48 meses de prisión, pues en el caso objeto de análisis la pena es de 60 meses.

Por último, señaló que en lo que refiere al sustituto de la prisión domiciliaria, establecido en el artículo 38B del Código Penal, si bien con

anterioridad la Corte Suprema de Justicia había manifestado que respecto del sustituto de la prisión domiciliaria se debía, atender los términos del preacuerdo, es decir cuál era el delito en definitiva por el cual se condenaba, no obstante adujo que dicha postura cambió diametralmente en el sentido de manifestarse que, para efecto del análisis de procedibilidad del sustituto de la prisión domiciliaria, debía tenerse en cuenta el delito aceptado y las condiciones en las cuales se aceptó el mismo.

Conforme a lo anterior, la Judicatura esgrimió que, en el caso en concreto, al aceptarse la coautoría del delito de porte ilegal de armas de fuego, el cual contempla una pena mínima privativa de la libertad de 9 años de prisión, el presupuesto objetivo para conceder el sustituto de la prisión domiciliaria no se cumplía, por cuanto se debe tener una pena mínima de 8 años para su concesión. De ahí que los procesados deberían cumplir su pena en privación efectiva de la libertad en un centro de reclusión carcelario designado por el INPEC.

ARGUMENTACIONES DE LA IMPUGNACIÓN

1.- DEFENSA DE LOS CONDENADOS JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ y JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS. El Doctor JOSÉ HENRY ZAMBRANO ARTEAGA, quien funge como defensor de los mentados procesados, inició sus argumentaciones indicando que, con base a lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política, que consagra el derecho fundamental al debido proceso, el Operador Judicial está invadiendo la potestad de la Fiscalía General de la Nación al limitarlo en los preacuerdos, cuya finalidad se encuentra consagrada en el artículo 348 del Código procesal penal.

Insistió en que bajo los citados ítems, uno de los mayores problemas ha sido la aplicación retroactiva y retrospectiva del precedente, situación que genera inseguridad jurídica, desigualdad de los sujetos procesales y la posible violación a su confianza legítima. En consecuencia, esgrimió que, en el caso en particular, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es de junio de 2020 y que sus representados cometieron los hechos en el mes de mayo, la misma no les era aplicable, dando lugar así al desconocimiento de la ley precedente para la época.

Aunado a lo anterior, aseveró que al aplicarse la retroactividad de la ley desfavorable no están reconociéndose los derechos efectivos de los imputados, circunstancia que contraría las garantías procesales de confianza legítima e igualdad y lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, amén de que hace más gravosa la situación de los procesados.

Por lo reseñado asevera que debe tomarse la pena impuesta como fruto del preacuerdo para negar o conceder la prisión domiciliaria y no tomar la pena máxima consagrada en el tipo penal.

En consecuencia, solicitó la revocatoria de la decisión emitida por el señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, en lo atinente a la negativa de conceder prisión domiciliaria a sus representados y, en su defecto, que se les confiera el sustituto en mención, por cuanto el delito no está en el listado prohibitivo del artículo 68-A del Código Penal y sus patrocinados cumplen con los presupuestos del artículo 38B.

2.- DEFENSA DEL CONDENADO ANDRÉS ALEXANDER MELO. El Doctor ERICK WILLIAM DÍAZ RAMOS inició sus argumentos aduciendo que, frente a lo que manifiesta el A-Quo referente al cambio diametral

en los lineamientos que fija la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de subrogados y sustitutos penales, cabe aclarar que, en lo que compete a su procesado, si se hace un análisis del desarrollo procesal e investigativo, él podría acceder al beneficio de prisión domiciliaria.

Esgrime que de los aspectos facticos y probatorios se puede desprender que su representado en ningún momento amenaza de muerte a la víctima, sino la misma entró en pánico por tener miedo a responder por un negocio en el que él estaba inmerso; ni tampoco fueron los 3 sujetos quienes la convocaron. Afirma que dicho análisis llevó al ente acusador –por su propio convencimiento- a variar la imputación jurídica y eliminar el cargo acusado por el delito de constreñimiento ilegal, circunstancia que no tomó en cuenta la Judicatura al momento de fallar, por cuanto, en lo que a la sentencia se refiere, se condena por ese delito, existiendo así incongruencias, más cuando la misma víctima manifiesta que voluntariamente fue él quien ofrece el bus y decide ir por el mismo, de manera autónoma y voluntaria. Bajo las anteriores precisiones indica que lo que abiertamente se puede calificar o encuadrar al señor ANDRÉS MELO es la figura de cómplice y así hacerse acreedor al beneficio de prisión domiciliaria, conforme a las reglas jurisprudenciales de la sentencia SU- 479 de 2019.

En consecuencia, insiste en que si bien se manifiesta que hay un cambio de línea de la Corte Suprema de Justicia en virtud del cual se tendrá el término de pena que tenga el delito para la concesión de subrogados y no el término de pena que se imponga en el preacuerdo; no se debe dejar de menos que al existir dos tesis, se debe dar aplicación al principio constitucional y procesal penal de la favorabilidad, por ello solicitó que en el presente proceso se apliquen las reglas procesales que se venían manejando al momento de la ocurrencia del hecho, en virtud de las cuales el benéfico de prisión domiciliaria debe aplicarse

con el término del preacuerdo, que en este caso es de 6 años, cumpliendo los requisitos de la ley procesal; lo anterior conforme lo descrito en la ley 906 de 2004, ley 153 de 1887, inciso 2, artículo 44 y el artículo 6 de la ley 599 de 2000.

En consecuencia, solicitó se revoque el numeral 2 de la sentencia de 10 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

La revisión atenta de la carpeta, de cara a las argumentaciones planteadas por los impugnantes, nos permite advertir que los siguientes son el interrogante jurídico fundamental y los asociados que se deben abordar por esta Colegiatura:

1.- ¿Tienen los señores JAIME ALBERTO QUICENO, JESÚS ALBEIRO BENAVIDES y ANDRÉS ALEXANDER MELO BENÍTEZ, el derecho a que se les conceda el sustituto de prisión domiciliaria, que trata el artículo 38B del Código Penal?

2.- ¿Cuáles son las reglas jurisprudenciales aplicables al preacuerdo de responsabilidad presentado por la Fiscalía y la Defensa al Juez de Conocimiento el día 10 de diciembre de 2020?

3.- ¿En respeto al Debido Proceso Penal de los Preacuerdos, a partir de qué momento deben aplicarse los precedentes que orientan dicha temática?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el equipo de la Defensa contra la sentencia del 10 de

marzo del 2021, emitida por Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño) con funciones de conocimiento, conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Cuestiones Preliminares

El proceso sometido a decisión de la Sala refiere a hechos ocurridos el día 23 de mayo de 2020, encasillados por la Fiscalía como constitutivos del delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, contemplado en el artículo 365 del Código Penal, en concurso con el punible de CONSTREÑIMIENTO ILEGAL establecido en el artículo 182 del Código Penal, a título de DOLO, asunto sometido a examen y que está llamado a finiquitarse por la vía consensuada del preacuerdo.

El preacuerdo suscrito entre el Delegado de la Fiscalía y el equipo de defensa de los señores JAIME ALBERTO QUICENO, JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS y ANDRES ALEXANDER MELO BENÍTEZ, contiene los siguientes elementos:

- a) Los procesados aceptan su responsabilidad en la comisión del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO, establecido en el artículo 365 del Código Penal, que conmina penas de prisión entre 9 y 12 años, bajo el verbo rector PORTAR, en concurso material heterogéneo con el punible de CONSTREÑIMIENTO ILEGAL, establecido en el artículo 182 sustantivo penal, que regula penas de prisión entre 16 y 36 meses. Esta responsabilidad se admite en calidad de coautores materiales y en modalidad dolosa.
- b) Como contraprestación única compensatoria por la aceptación de cargos y la renuncia al juicio, a pesar de haberse realizado el

consenso al inicio de la audiencia pública de juicio oral, acuerdan el reconocimiento de la figura de la COMPLICIDAD para todos los acusados, disponiendo que se disminuyan las penas a imponer por cada delito de la sexta parte a la mitad.

- c) La pena principal por razón del concurso la pactan en 60 meses de prisión, más las penas accesorias contenidas en los artículos 44, 49 y 52 del Código Penal.
- d) Ningún pacto se hizo constar en torno a la concesión de subrogados, sustitutos o beneficios adicionales para los condenados.

Resulta suficiente claro que nos encontramos ante un evento de terminación anticipada del trámite derivado del consenso, en la modalidad de preacuerdo con cambio o variación de la calificación jurídica, la cual tiene operancia en casos en los que la Fiscalía inicialmente ha considerado pertinente comunicar a su contraparte cargos concretos producto de su *“juicio de imputación”* o del denominado *“juicio de acusación”*, y el imputado o acusado decide aceptarlos simple y llanamente, renunciando al debate propio del juicio, pactando como contraprestación o beneficio único la readecuación del caso en un delito que consagra una pena menor, o la desestimación de una causal de agravación, o se pacta el reconocimiento de una circunstancia de atenuación punitiva, o bien se modifican los cargos de autoría material o de determinación, para postular la calificación a mera complicidad.

En el punto atinente a los controles judiciales que corresponden a esta específica modalidad de preacuerdo, en los que por virtud del pacto se presentan cambios en la calificación jurídica inicial de la Fiscalía,

resultan aplicables como precedentes las sentencias SU-479 de 2019 emanada de la Corte Constitucional, como las de Casación Penal en los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020; providencias que centran su atención en distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte, o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tiene como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último por no tener relación alguna con el asunto.

Esta labor resulta fundamental para establecer las cargas que deben asumir Fiscalía y Defensa en la presentación del preacuerdo pero, también fija las pautas o límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles aplicables a cada modalidad de pacto.

Es claro que, antes del apareamiento de este cuerpo de precedentes constitucional y del órgano de cierre de la Justicia Penal Ordinaria, se había venido decantando por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias punitivas derivadas de los preacuerdos, en los que operaba variación de la calificación jurídica, se debían aplicar dentro de los límites del delito pactado, como que a partir de él debía estudiarse la viabilidad de los subrogados, sustitutos y beneficios judiciales para los sujetos pasivos de la acción penal. Pero, a partir de los nuevos precedentes resulta necesario distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tienen como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último debido a que no tiene relación alguna con el asunto.

Precisamente esta Corporación Tribunalicia¹ ha venido insistiendo sobre el cuerpo de reglas o líneas conceptuales trazadas por la jurisprudencia superior, en torno a las consecuencias jurídicas de adoptar un pacto inter partes en torno a la variación de la calificación jurídica, en cada caso. Al respecto se ha indicado:

“I.- En el primer evento, que es cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, porque existe base factual que la soporta, lo cual contiene en sí mismo una beneficiosa reducción punitiva para el imputado o acusado, resulta imperioso que se acompañe no sólo un mínimo evidencial de la probable existencia ontológica de la nueva figura, como que -en los casos precisos en los que las normas penales lo requieran- se establezca el vínculo de la misma con el delito cometido. Así lo dejó sentado la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), al revisar eventos en los cuales se preacordaba el reconocimiento de la figura de la marginalidad, pobreza e ignorancia extremas que trata el artículo 56 del Código Penal”.

(...) “En estos eventos la pena se dosifica legalmente de acuerdo con la nueva calificación jurídica ofrecida al asunto. Si las partes pactan la pena, el Juez de Conocimiento solamente está habilitado para verificar que esta se encuentre dentro del marco de determinación legal (calidad preestablecida y cantidad entre mínimos y máximos legales); así mismo, los subrogados y sustitutos se estudiarán a partir de la calificación jurídica final o fruto del preacuerdo”.

“II.- La situación es bastante diferente cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, sin que exista una base factual que la soporte, y el preacuerdo solamente está orientado a una simple y ortodoxa disminución de pena o a mejorar la condición punitiva de

¹ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto. Sala Penal. Sentencia del 9 de septiembre de 2020, radicado 2018-08328, NI.26912. MP. SILVIO CASTRILLÓN PAZ. De la misma Sala, Auto penal 02 del 26 de enero de 2021, radicado 2018-04998 NI.29439. Sentencia penal número 05 del 10 de mayo de 2021, radicado 2019-02015 NI. 31442, entre otros.

un sujeto en cualquier otro sentido, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos, como por ejemplo cuando se reconoce la rebaja de la tentativa (artículo 27 del Código Penal) para un delito que los fácticos lo acreditan indefectiblemente consumado; o cuando se reconoce un estado de ira e intenso dolor (artículo 57 Ídem) que no se divisa medianamente configurado, o se pacta la circunstancia de marginalidad (artículo 56 Ídem) sin que se otee existente, o cuando en virtud del pacto se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor”.

“La citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 52.227) señala que cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, de suerte que no es menester aportar por las partes, ni exigir por la judicatura, elementos evidenciales de respaldo. En esa dimensión, los conflictos se traducen a la estimación de la rebaja punitiva a aplicar, (...) “pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados (...) Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución”. Se concluye que la viabilidad legal de esta modalidad de preacuerdos solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas, y se recomienda que el acuerdo sea suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera. Así fue ratificado por el Alto Tribunal de Justicia en el radicado 54.039 de 2020:

“En este último evento resulta claro que: (i) las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta, siguiendo con el mismo ejemplo, de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la

norma penal más favorable –para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio-, constituye, precisamente, el beneficio por someterse a la condena anticipada; (ii) todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente; (iii) el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad –prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, por excesivo, resulte contrario a la necesidad de aprestigiar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) igualmente, es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (ídem)”.

En punto de la aplicación en el tiempo de dichos precedentes, que contienen un importante e inocultable cambio jurisprudencial, resulta necesario precisar que están directamente orientados a fijar reglas a la aplicación de la figura procesal de los PREACUERDOS O NEGOCIACIONES, de suerte que es la fecha en la que se postula el pacto o convenio de responsabilidad ante la judicatura de conocimiento la que marca la aplicabilidad de dichas reglas, por aquello de la confiabilidad que aquella presentación judicial ofrece, más no el del momento de la comisión del delito base de juzgamiento, porque las oscilaciones jurisprudenciales están orientadas específicamente a una nueva conceptualización de la figura procesal basada en el consenso, a partir de la cual se debe estudiar su “debido proceso” o la “legalidad del trámite”, lo que incluye la “preexistencia del precedente normativo y/o judicial”, si se tiene en cuenta que en ningún momento aparece afectada la estricta legalidad del delito.

Esta tesis ha sido la prohijada por la Alta Corporación de cierre penal ordinario, cuando en reciente fallo del 14 de abril de 2021 (Radicado

53718, MP. Eugenio Fernández Carlier), le dio validez y aplicó las consecuencias jurisprudenciales benéficas que correspondían en su momento a un procesado por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, por hechos ocurridos en el año 2016 y que había sido sentenciado anticipadamente por preacuerdo en primera y segunda instancia en el año 2018, el cual aceptó cargos por el delito y como beneficio compensatorio único se le varió la calificación retirándosele la circunstancia agravante. Fue condenado por Concierto para Delinquir Simple y se le concedió en Casación el subrogado de la “*suspensión condicional de la ejecución de la pena*”, que estaba en discusión, a pesar de la prohibición expresa del artículo 68-A y, sobre todo, de lo establecido en las citadas sentencias SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, como las de radicados 52227 del 24 de julio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, precisando que:

(1) “*El preacuerdo que celebraron las partes en este proceso se hizo conocer su contenido en la audiencia de verificación del 11 de septiembre de 2017*”.

(2) “*Deviene de lo expuesto que la regla a seguir para el examen del problema jurídico sometido a consideración de la sala es la aceptación de la calificación jurídica formulada por la Fiscalía en el preacuerdo y darle al beneficio punitivo el tratamiento que voluntaria y conscientemente convinieron la Fiscalía, el procesado y la defensa, pues no se advierte violación de garantías y fue estructurado con base en la jurisprudencia precitada y vigente para la fecha de la negociación para la terminación anticipada del proceso*” (Subrayas nuestras).

3. Análisis del caso concreto.

Hemos precisado que los acontecimientos históricos base de juzgamiento han tenido ocurrencia el día 23 de mayo de 2020, y dieron lugar a formular la imputación respectiva en contra de los señores

JAIME ALBERTO QUICENO, JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS y ANDRES ALEXANDER MELO BENÍTEZ como coautores de los delitos de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO, PARTES Y MUNICIONES, establecido en el artículo 365 del Código Penal, que conmina penas de prisión entre 9 y 12 años, bajo el verbo rector PORTAR, en concurso material heterogéneo con el punible de CONSTREÑIMIENTO ILEGAL, establecido en el artículo 182 sustantivo penal, que regula penas de prisión entre 16 y 36 meses.

Al no haber admitido responsabilidad alguna en etapa de investigación, los filiados fueron cobijados con escrito de acusación registrado por la Fiscalía el 15 de julio de 2020, como que dio lugar a que se les formulara la acusación en audiencia surtida el 21 de septiembre de 2020 ante el Juzgado cuarto Penal del Circuito de Pasto, en el que se les ratificaron los cargos anteriores.

Con la contención propia de un evento signado por la concurrencia delictual y de personas, se surtió la audiencia preparatoria el 28 de octubre de 2020, en la que fueron decretadas las pruebas requeridas por las partes, fijándose el día 10 de diciembre de 2020 la fecha para la celebración de la audiencia pública de Juicio Oral.

Es precisamente en los estertores del trámite ordinario, en la agonía del proceso, cuando deciden Fiscalía y defensa postular la terminación anticipada del trámite por vía del consenso, presentando ante el Juez de Conocimiento petición el 10 de diciembre de 2020 para que mutara la audiencia de juzgamiento por otra de verificación de un preacuerdo de responsabilidad, el que estructuraron ante él, y que como se dijo en precedencia estaba marcado por tres lineamientos básicos: (1) aceptación plena de responsabilidad por la tripleta de acusados, como coautores materiales del concurso de delitos de porte ilegal de armas y

constreñimiento ilegal; ⁽²⁾reconocimiento de la diminuyente de la COMPLICIDAD para todos ellos, como único beneficio compensatorio por la deserción o abandono del juicio; y, finalmente, ⁽³⁾Pacto de pena principal de sesenta (60) meses de prisión por el concurso de delitos y de las accesorias que corresponden al caso. Ninguna advertencia se consignó sobre la procedencia o no de sustitutos o subrogados penales.

Es claro o evidente que el convenio de terminación del proceso fue activado por las partes bajo la modalidad que se conoce como PREACUERDO SIN BASE FACTICA O FACTUAL, porque la alusión a la norma diminuyente de la COMPLICIDAD² solo lo es para efectos de la escrupulosa rebaja de sanción que corresponde al evento como único beneficio compensatorio, en virtud de la admisión de responsabilidad antes del debate del juicio oral, pero no porque su contenido aplique de manera real u ontológica a alguno de los punibles imputados al grupo de coautores.

Recuérdese que el preacuerdo que ha dado base y fundamento a la sentencia anticipada que se revisa, fue debidamente estructurado y formalizado por la Fiscalía y el equipo de Defensa ante la judicatura el día 10 de diciembre de 2020, momento para el cual el Alto Tribunal de Justicia Constitucional había expedido la sentencia de unificación de jurisprudencia para el entendimiento de los preacuerdos número SU-479 de 2019, como que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia había también registrado en los radicados 52.227 del 24 de junio de 2020 y el radicado 54.039 del 19 de agosto de 2020, las líneas o reglas conceptuales orientadas a que –para una correcta interpretación de los preacuerdos que consagran la variación de la calificación jurídica inicial, con orientación a derivar consecuencias

² Artículo 30 inciso 2 del Código Penal: *“Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”*

jurídicas- se debía distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tienen como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último debido a que no tiene relación alguna con el asunto. Esta labor resulta fundamental para establecer las cargas que deben asumir Fiscalía y Defensa en la presentación del preacuerdo, los límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles al mismo, y hasta para delimitar las mismas consecuencias punitivas. Bajo esta perspectiva, debían las partes ajustar sus actividades de negociación a las reglas jurisprudenciales anteriores, lo mismo que el fallador de conocimiento debía aplicar cualquier tipo de consecuencia jurídica que pudiera derivarse de ellas.

Es aquí donde surge la controversia entre el fallo de primera instancia y los argumentos de los apoderados que defienden los intereses de los condenados, en torno a la procedencia del sustituto de la PRISIÓN DOMICILIARIA en favor de todos ellos, ya que la judicatura niega la posibilidad de reconocerles esta figura por aquello que uno de los delitos por los cuales admitieron responsabilidad (PORTE ILEGAL DE ARMAS), que es el consagrado en el artículo 365 del Código Penal, contempla pena mínima de nueve (9) años de prisión, y como éste monto supera el límite de ocho (8) años de prisión establecido en el artículo 38B para la procedencia de la prisión domiciliaria en su causal genérica, entonces se torna improcedente.

Estos argumentos son objeto de cuestionamiento por la defensa de los condenados, quienes aducen que para extractar ese mínimo punitivo, debe conjugarse el figura diminuyente de la COMPLICIDAD que fue preacordada, porque la jurisprudencia vigente al momento de los

hechos así lo orientaba, de suerte que debían ser sustituidas las penas de prisión intramurales impuestas, por las de carácter domiciliario.

Lastimosamente estas tesis de impugnación no tienen vocación de prosperidad alguna, porque –según se indicó en precedencia con apoyo en reciente decisión la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (radicado 53718 del 21 de abril de 2021)- las reglas jurisprudenciales que deben marcar las exigencias, controles y consecuencias de los preacuerdos son las que estaban vigentes al momento de su estructuración, esto es cuando fueron postuladas las cláusulas integradoras del pacto ante el Juez de Conocimiento; y si esto ocurrió en el presente caso el día 10 de diciembre de 2020, no remite a la menor dubitación que en el estudio de los preacuerdos que contienen modificación de la calificación jurídica, resulta exigible la distinción de si aquella variación tiene o no base factual de fundamento, para poder derivar las consecuencias. Dicho de otra manera, estos precedentes son ANTERIORES a la presentación del pacto al Juez de Conocimiento, de ahí que no puede obviarse su aplicación al asunto que nos atañe.

Ahora bien, si el actual preacuerdo se refiere a uno SIN BASE FACTUAL, toda vez que la calificación producto del pacto, en la que se reconoce el fenómeno de la COMPLICIDAD para todos los delitos y para todos los acusados, NO corresponde directa o indirectamente con la realidad fáctica traída al proceso, “... todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente ...”, entonces resulta imperioso al abordar el estudio de los requisitos objetivos de pena para la procedencia de la prisión domiciliaria, revisar el quantum punitivo establecido por el legislador para la conducta penal que fue realmente cometida y admitida por los acusados, y no la que fue objeto de preacuerdo, porque esta última

resulta ser una “ficción jurídica” que no puede servir de eje u orientación para dicha tarea.

En este caso, como el punible mayor o más grave que ontológicamente se ha cometido por los señores JAIME ALBERTO QUICENO RODRÍGUEZ, JESÚS ALBEIRO OROZCO VANEGAS y ANDRÉS ALEXANDER MELO BENÍTEZ es el de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, que según el artículo 365 sustantivo penal prevé pena mínima de nueve (9) años de prisión, el cual se les ha venido atribuyendo a título de coautores, cuya condición jurídica aceptaron sin vacilación ante el Juez de Conocimiento, resulta claro que no es viable la concesión de la prisión domiciliaria deprecada insistentemente en favor de sus clientes por los apoderados de la defensa, toda vez que no se cumple con el presupuesto objetivo previsto en el artículo 38B para conceder la concesión del benéfico punitivo, último que reclama para su otorgamiento “*Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*”. Lo anterior deviene inexorablemente en la confirmación del fallo venido en alzada.

Por lo anteriormente expuesto, y sin que el caso amerite otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto - Nariño, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR en todas sus partes el fallo proferido en audiencia pública el día 10 de marzo del 2021 por Juzgado Cuarto Penal

del Circuito de Pasto (Nariño) con funciones de conocimiento, de acuerdo a lo consignado en precedencia.

SEGUNDO.- La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

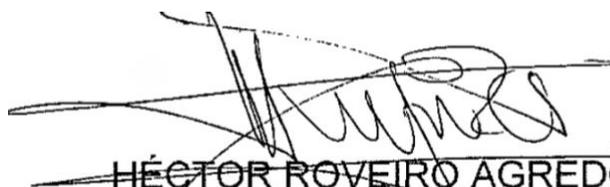
Cúmplase,



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



ACLARACIÓN DE VOTO
FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
.....



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de

la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado dentro del asunto penal de la referencia.

Pasto, 12 de mayo del 2021



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

ACTA DE SALA No 84

El día veintiséis (26) de mayo del 2021, los Honorables Magistrados SILVIO CASTRILLÓN PAZ, FRANCO SOLARTE PORTILLA y HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN, integrantes de la Sala de Decisión Penal que preside el primero y en atención a las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, como consecuencia de la pandemia generada por el virus COVID 19, de manera virtual estudiaron y aprobaron el asunto penal de la referencia.



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado