

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

Montería, diecinueve (19) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Aprobado Acta No. 069

Radicado No. 23 001 60 01 015 2015 03093

Magistrado Ponente: MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

OBJE TO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor JASSON JAVIER PÉREZ BOHÓRQUEZ contra el auto que niega el preacuerdo celebrado entre fiscalía y defensa, de fecha 10 de diciembre de 2015, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería- Córdoba, por la conducta punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado en el grado de tentativa, descritos en los artículos 365, 31, 239, 240 inciso 1, 241 numeral 10 y 27 del Código Penal, en contra del Sr. EDWAR ARBEY PARRA HOYOS.

HECHOS

De lo acreditado ocurrieron de la siguiente manera:

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado N° 23 001 60 01 015 2015 03093

El 14 de mayo del 2015 fue capturado en flagrancia el señor Edwar Arbey Parra Hoyos por el sector de la avenida primera con calle 33 en Montería, cuando se movilizaba con otra persona en una motocicleta de color negro, quien se transportaba como parrillero, vestía jean y camisa de la marca Yamaha color blanco, gris y rojo y al otro sujeto que vestía de negro huyó cuando requisaban al parrillero. Agentes de la Policía Nacional le hicieron un registro voluntario ya que era el día sin parrillero en la ciudad, en esos momentos el parrillero se tiró de la motocicleta y desenfunda de la pretina del pantalón 1 arma de fuego tipo revolver, color negro, calibre 38 largo, pavonado, de inmediato uno de los patrulleros se abalanza sobre él y logra quitarle el arma.

Acto seguido le realizaron un registro personal y se le encontró en la pretina del pantalón 1 bolso de color azul y rojo con la suma de 20 millones de pesos (cuatro fajos de cinco millones aún con la banda del Banco de Colombia). En momentos que se realizaba el procedimiento llegó al lugar un ciudadano quien manifestó que el sujeto capturado en compañía del que huyó en la moto, lo habían hurtado intimidándolo con un arma de fuego, quitándole el bolso con el dinero que momentos antes había retirado de Bancolombia de la calle 29 con carrera 3ª.

ACTUACIONES PROCESALES

El día 15 de mayo del 2015, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de la ciudad de Montería, con funciones de control de garantías, llevó a cabo la audiencia de legalización de captura, en la cual se le impartió legalidad al procedimiento de captura realizado al señor Edward Arbey Parra Hoyos. Posteriormente se formuló imputación por el delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, contemplado en los artículos 239, 240 inciso 1; 241 numeral 10, y artículo 27 en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones del art 365 del Código Penal. El imputado no se allanó a los cargos. Edwar Arbey Parra Hoyos fue cobijado con medida

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O
MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado N° 23 001 60 01 015 2015 03093

de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión ordenándose su traslado a las instalaciones del centro penitenciario Las Mercedes de Montería.

El 31 de julio de 2015 se suscribió acta de preacuerdo entre la Fiscalía Trece Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Montería, el imputado Edwar Arbey Parra Hoyos y su defensor Jasson Pérez Bohórquez, en los siguientes términos:

"1-Que el imputado EDWAR ARBEY PARRA HOYOS, acepta sin discusión alguna los delitos de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, que consagra el Código Penal en el artículo 365 del Código Penal, en concurso (art. 31) con HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO en el grado de tentativa artículos 239, 240 inciso 1 del Código Penal, modificado por el artículo 37 de la ley 1142 de 2007, y 241 N° 10 C.P. Modificado por el artículo 51 de la ley 1142 de 2007, y articulo 27 del C.P, en calidad de COMPLICE.

Observando que el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, tiene un cuantun punitivo mayor que la del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO en el grado de tentativa, (Hurto. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión... Artículo 240. La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere - inciso 1 con violencia sobre las cosas, articulo 241 circunstancia de agravación punitiva la pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, si la conducta se cometiere (artículo modificado por el artículo 51 de la ley 1142 de 2007). N° 10 con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo, o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto, quedaría la pena de 9 años a 24 años más 6 meses de prisión, a lo que se le aplica el artículo 27 del

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado Nº 23 001 60 01 015 2015 03093

Código Penal que habla de la tentativa; el que iniciara la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigido a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada), quedando la pena finalmente para el HURTO CALIFICADO AGRAVADO modalidad TENTADA de 4 años 6 meses a 14 años de prisión, se tomará como pena principal la del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES artículo 365 del Código Penal, que establece una pena nueve (9) a doce (12) años de prisión.- Y conforme a lo establecido en el artículo 31 del C.P., (concurso) se aumentará esta pena hasta en otro tanto por el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO en el grado de TENTATIVA en SEIS (6) MESES DE PRISIÓN.

2- Que con ocasión de la aceptación de la acusación y de la negociación de la dosificación de la pena se acordó una rebaja que va de una sexta parte a la mitad conforme a lo previsto en el artículo 30 del C.P.(ya que el acuerdo consistió en degradar grado de participación de autor a cómplice), aplicándose la mitad al mínimo y la sexta parte al máximo de la pena a imponer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del C.P. numeral 5; por haber variado su participación de coautor a cómplice.

3- Que en virtud de la situación fáctica y las anteriores circunstancias, y teniendo en cuenta que en casos de acuerdos no aplica el sistema de cuartos (Art. 3-5, ley 890/04 — Art.61 C.P.), se acordó la dosificación de la pena en el mínimo del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES (por no tener antecedentes penales), que es de 108 meses de prisión más el aumento de los seis (6) meses por la conducta de HURTO CALIFICADO AGRAVADO Modalidad TENTADA conforme al artículo 31 (concurso) con la respectiva rebaja del artículo 30 del C.P (grado de

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O
MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado N° 23 001 60 01 015 2015 03093

participación). Quedando finalmente la pena a imponer al señor EDWIAR ARBEI PARRA HOYOS en 64 mes de prisión es decir cinco (5) años dos (2) meses; estando dicha dosificación dentro de los límites punitivos establecidos en la Ley. Teniendo en cuenta que este hecho no vulnera los principios de estricta tipicidad y legalidad ya que el grado de participación puede ser objeto de negociación sin que con ello se afecte lo sustancial en lo relacionado con la adecuación típica del injusto toda vez que el mismo se preserva.- De otra parte tampoco vulnera el debido proceso o socava estructura procesal, por el contrario se ciñe a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional y a los principios rectores y garantías procesales contemplados en el título preliminar del Código de Procedimiento Penal sobre los cuales se cimienta la administración de justicia, como es el respeto a la dignidad humana, la protección de los derechos y garantías de los individuos y la realización de la justicia material.- Tal Y como se pronunció en este mismo sentido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. en sentencia de fecha 17 de abril del año 2012 donde fue magistrado ponente el Dr. JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS.-"

El 10 de diciembre del 2015 se realizó la audiencia de verificación de legalidad del preacuerdo por el juzgado Primero Penal del Circuito de Montería, el cual decidió no aprobarlo, por considerar que no reúne los requisitos exigidos por la ley.

EL AUTO RECURRIDO

Consideró el Juez de instancia, luego de hacer un análisis de la figura de la coautoría y de la complicidad, que en este evento la participación del procesado fue a título de autor y no de cómplice.

Sostiene que es necesario tener en cuenta pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que hablan de la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la fiscalía y el imputado, de la facultad que tiene la

fiscalía en el nuevo esquema procesal penal, está referida a una labor de adecuación típica según la cual se otorga al fiscal un criterio o cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta que resulte menos gravosa; sin embargo en la negociación el fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo a los hechos del proceso.

Por otra parte habla sobre los fines del Sistema Penal Acusatorio, dentro de los cuales menciona la justicia abreviada, disminuir el rol de la administración de justicia, disminuir gastos a la administración de justicia, evitar un desgaste inoficioso, no llegar a un juicio oral y buscar negociaciones como son los preacuerdos y en su caso los allanamientos. Argumenta que dentro de los términos de política criminal que maneja la Corte Suprema de Justicia, expresa que cada concesión de un subrogado o cada disminución de la pena va con un fin de retrotraer, o en otros términos de contrarrestar la acción delictual.

Se pregunta el juez de conocimiento ¿qué elementos dio la fiscalía y la defensa al momento de celebrar la negociación para contrarrestar el delito? no sólo es disminuir la pena sino buscar elementos de política criminal que le permitan al Estado Colombiano contrarrestar la acción delictual.

En esos términos el juez decidió no aprobar la negociación teniendo en cuenta que el preacuerdo no cumple con los términos o fines de la política criminal del Estado.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La defensa argumenta en su recurso de apelación que el Juez de Primera Instancia consideró que no hubo adecuación típica con relación a los hechos, sin embargo - afirma el defensor - se hizo una correcta

imputación objetiva por los delitos de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado en el grado de tentativa.

Argumenta que es política del Estado que se hagan preacuerdos, dentro de los cuales se busca dar por terminado de manera anticipada un proceso, evitar desgastes judiciales y tratar de que los procesos en mínima proporción lleguen a juicios orales. Manifiesta que degradar la conducta a cómplice está permitido por la Corte Suprema de Justicia y que no se buscaba ningún otro beneficio, que en cuanto a los avances del sistema que se le está permitiendo ampliamente facultades al fiscal para que ellos puedan entrar a negociar y no sólo degradando una conducta sino otra serie de beneficios que contempla la política criminal.

Se pregunta la defensa por qué habría de negarse en esta oportunidad este tipo de preacuerdo cuando distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia dicen que cuando se degrada la conducta, como en este caso se está haciendo, el factor objetivo no se tiene sólo por el tipo base sino también teniendo en cuenta las diminuentes punitivas, es decir, todos los beneficios que acarrea la conducta típica.

Hace alusión a que el Tribunal de Antioquia, en un caso similar revocó la decisión del Juez de primera instancia, cuando además de degradar la conducta se negoció en el preacuerdo la prisión domiciliaria, la cual fue negada, sin embargo el Tribunal aprobó el preacuerdo teniendo en cuenta además el factor subjetivo.

La defensa ilustra que no podemos ir en retroceso en nuestra justicia, que el imputado en efecto cometió una conducta, de la cual está arrepentido y acepta que es responsable por ello, simplemente que por evitar un desgaste judicial se ganó un sólo beneficio que era la degradación de la conducta, que no es sólo por política criminal sino por el mismo sistema que es negociando ante un fiscal, además que le está

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O
MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado N° 23 001 60 01 015 2015 03093

permitido a la fiscalía negociar en esas condiciones para evitar mayores desgastes en el aparato judicial. Por lo anterior solicita respetuosamente que se tengan en cuenta sus argumentos para que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar aprobar el preacuerdo suscrito.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

SALA PENAL DE DECISIÓN

COMPETENCIA

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los Jueces Penales del Circuito y Penales del Circuito Especializados del mismo Distrito, según lo establecido en el numeral 1° del Artículo 34 del Código de Procedimiento Penal.

El problema jurídico que plantea el presente recurso de apelación consiste en establecer hasta qué punto el Juez que verifica la legalidad de un preacuerdo, realizado con base en la imputación que se le formuló al indiciado, puede oponerse a la degradación de la participación del sujeto agente de autor a cómplice, por consideraciones de política criminal.

El problema jurídico antes planteado ya la Honorable Corte Suprema de Justicia lo ha resuelto, precisando que al Juez no le está dado inmiscuirse en aspectos que son propios de la fiscalía, pues su condición de tercero imparcial le limita su función frente a los preacuerdos, al menos que se afecten garantías fundamentales. Lo cual quiere decir que no se podrá hacer valoraciones subjetivas relacionadas con la política criminal del Estado o plantear adecuaciones de la conducta del imputado por considerar errada la realizada por la fiscalía, salvo que la imputación jurídica cambie los hechos sobre los cuales se preacuerda.

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O
MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado N° 23 001 60 01 015 2015 03093

Se citarán dos providencias de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las cuales se precisa el rol del juez en la verificación de la legalidad de los preacuerdos:

"De manera concreta, es factible significar que lo contenido en el Capítulo único del Título en cuestión, otorga a la Fiscalía una muy amplia facultad dispositiva, no solo porque corre de su resorte exclusivo acceder a la negociación, esto es, que aún con el querer expreso del imputado o acusado y su defensor, no es posible adelantar el trámite si no se cuenta con la anuencia del Fiscal del caso –en ausencia de esa aceptación al procesado apenas le cabe acudir al allanamiento a cargos en los momentos procesales específicos contemplados por la ley para ese efecto-, sino porque las posibilidades de injerencia de terceros o intervinientes son limitadas y lo contemplado en el acuerdo únicamente puede ser verificado por el juez en aspectos puntuales y trascendentes.

Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensor, aunque la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia C-516 de 2007, que se citara y escuchara siempre a la víctima, sin poder de veto de parte suya.

Y además, de forma expresa el artículo 351, inciso cuarto, determina que "Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales".

Junto con lo referido en precedencia, el Título examinado establece formas o modalidades de acuerdo, que regulan las posibilidades de modular el delito objeto de imputación o acusación o simplemente entregar al imputado o acusado una rebaja concreta de pena por aceptar su responsabilidad penal en la conducta despejada por la Fiscalía.

Respecto de la modulación en reseña, la Corte Constitucional, en sentencia C-1260 de 2005, dejó claro:

*Cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal esta referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo **se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa**; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal **no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales**; y que en todo caso, a los hechos*

invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

De lo anotado, varias conclusiones básicas surgen:

1. El Fiscal goza de plena autonomía para aceptar o no negociar, y en procura de lograr el acuerdo debe citar a la víctima, pero lo expresado por esta no tiene carácter obligacional, ni puede impedir la presentación de lo pactado.

2. La Fiscalía cuenta con varias posibilidades o formas de modular el acuerdo, pero no puede, en curso del mismo, violentar la presunción de inocencia, razón por la que debe contar con un mínimo suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo de la persona.

3. En términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido "crear tipos penales".

4. El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en

que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.

En este sentido, siempre será posible significar, no importa la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado o acusado, que el pacto representa algún tipo de afectación en lo que atiene a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima.

Pero, precisamente la tensión entre esos derechos y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del Fiscal y estableciendo respecto de lo pactado unos límites específicos que, de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena.

Ahora, no ignora la Sala que el artículo 348 de la ley 906 de 2004, al momento de detallar las finalidades del sistema premial examinado, en su inciso segundo advierte: "El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las

pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

Sin embargo, el análisis de su contenido permite verificar que no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de desiderátum dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados.

Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.

En seguimiento de lo considerado en precedencia, es que la Corte, en sus más recientes decisiones, ha privilegiado la naturaleza y finalidades de los preacuerdos, sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de justicia de la víctima.”¹

Recientemente en Sentencia de Casación la Corte Suprema, siguiendo la línea jurisprudencial trazada, en relación con el papel que desempeña el Juez de conocimiento al momento de examinar la legalidad de un preacuerdo. En dicha sentencia precisa que hacer en el evento que el juez observe una errada calificación contraria a los hechos. Esto dijo:

“Como ya se señaló en precedencia (supra 3.1), la actividad del funcionario en el ejercicio del control judicial dentro del trámite de las negociaciones adelantadas entre la Fiscalía y el acusado, se limita, de conformidad con lo señalado en los artículos 351 inciso 4º y 368 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, a aprobar el escrito de preacuerdo, caso en el cual los términos consignados en el mismo

¹ Sentencia SP13939 de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, radicado N° 42184 del 15 de octubre de 2014, con ponencia del H.M, doctor GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

obligarán al juez en la imposición de la condena, o bien a rechazarlo por vulneración de derechos fundamentales, decisión respecto de la cual las partes podrán interponer el recurso de apelación, tal como lo reconoció la Sala en pretérita providencia.

El interrogante que surge entonces frente al problema jurídico que se planteó en un principio (supra 1) reside en establecer si, en armonía con lo hasta ahora analizado, es posible concebir en el juez una actuación distinta a las dos eventualidades contempladas, como lo sería intervenir en audiencia antes de pronunciarse acerca de la legalidad del preacuerdo, con el ánimo de que las partes modifiquen los términos de la negociación, y, de esta manera, ajustar la adecuación típica de la conducta a los hechos materia de imputación.

La respuesta, para la Sala, tiene que ser a todas luces negativa, pues, como ya se adujo en acápites anteriores, el principio acusatorio implica una rígida separación entre el juez y las partes, de manera que, si el funcionario advierte un error en la calificación jurídica de la conducta, lo que tendrá que hacer de manera inmediata en la audiencia de control será rechazar el respectivo acuerdo, para así propiciar la realización de otro que respete la consonancia predicable entre la imputación fáctica y la imputación jurídica, o bien la continuación ordinaria del proceso, pero si por el contrario no adopta decisión alguna e interviene de cualquier otro modo para alterar tal calificación, lo único que haría sería alterar el equilibrio procesal entre la acusación y defensa, en detrimento de la imparcialidad que le es exigible.

En efecto, si la intervención informal del juez está dirigida a modificar los límites punitivos del acuerdo en detrimento de los intereses del procesado, estaría actuando en pro de la función que le asiste a la Fiscalía como órgano de persecución. En cambio, si interviene para mejorar la situación jurídica del acusado en el acuerdo, estaría evidenciando un interés de índole particular en el proceso.

En cualquiera de estas dos situaciones, el funcionario, además de vulnerar ostensiblemente la imparcialidad, estaría desconociendo el presupuesto primordial del principio acusatorio, según el cual en el proceso penal nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo.

En otras palabras, cuando el juez en ejercicio del control de legalidad obra en defensa de los derechos y garantías fundamentales, tiene que hacerlo siempre y en todos los casos mediante la adopción de decisiones, es decir, mediante providencias debidamente motivadas y susceptibles del ejercicio del derecho de contradicción, así como del principio de doble instancia, y de ninguna manera por intermedio de comportamientos informales, por lo demás no contemplados en la ley, que susciten alteraciones sustanciales en los términos de una negociación, que como tal es del resorte exclusivo de las partes, esto es, tanto del acusado y el defensor como del representante del organismo acusador.”²

Observa el Tribunal que en el presente caso el juez de primera instancia no argumentó puntualmente las razones que lo llevaban a improbar el preacuerdo; ni siquiera hizo alusión a una errada adecuación típica relacionada con la configuración de circunstancias especiales de agravación punitiva. Se limitó a fustigar el preacuerdo en cuanto a la degradación de la participación de autor a cómplice, aspecto que, desde ese punto de vista, no modificaba el *factum*, sobre todo si se tiene en cuenta que se negoció sobre la imputación fáctica y jurídica realizada por la fiscalía en la audiencia preliminar de imputación de cargos. Imputación que el juez Primero Penal del Circuito no cuestiona para nada.

Lo anterior limita al Tribunal como segunda instancia, pues de entrar a examinar cualquier error en la imputación que hizo la fiscalía en aquel

² Sentencia SP931-2016, radicado No. 43356 del 3 de febrero de 2016 de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, con ponencia del Honorable Magistrado JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

momento, para adoptar una decisión con consecuencias adversas al preacuerdo, cercenaría el derecho de contradicción del imputado y su defensor, quienes por razones obvias serían sorprendidos con novedosos argumentos, contra los cuales no procedería recurso alguno.

Es por eso que la Sala hace un llamado a la Fiscalía General de la Nación para que ponga en práctica la Directiva No. 1 del 28 de septiembre de 2006, mediante la cual se imparten instrucciones a los Fiscales para la celebración de preacuerdos. De esa manera, al momento de imputar los cargos se tengan en cuenta todas las circunstancias especiales de agravación punitiva y las de mayor o menor punibilidad, de tal manera que de allanarse a los cargos el procesado se imparta la pena merecida respetando el principio de legalidad.

Ahora, si por cualquier motivo el fiscal se percata que erró en la adecuación típica al momento de realizar la audiencia de imputación de cargos, es su deber legal, previo al inicio de una negociación con el procesado sobre los hechos imputados y sus consecuencias, adecuar correctamente la conducta ya que la fiscalía no está obligada a celebrar el preacuerdo bajo las condiciones que la defensa le imponga. Sobre todo, si cuenta con elementos probatorios suficientes para obtener una condena en el juicio.

Es cierto que el sistema acusatorio para que pueda funcionar adecuadamente requiere que la mayoría de los casos que lleguen a conocimiento de la fiscalía terminen anticipadamente, ya por allanamiento a cargos, preacuerdos, principio de oportunidad, conciliación etc., pues de lo contrario colapsaría el sistema; pero lo anterior no justifica que el ente acusador preacuerde bajo cualquier condición, otorgando beneficios y rebajas desproporcionadas, generando penas irrisorias que para nada aprestigian la administración de justicia.

Es por ello que resulta de suma importancia que la fiscalía haga en la imputación de cargos una correcta adecuación típica de la conducta, con

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O
MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado N° 23 001 60 01 015 2015 03093

indicación de las circunstancias especiales de agravación punitiva, así como aquellas circunstancias de mayor o menor punibilidad. Puesto que si pasa por alto tales circunstancias y sobre la base de la imputación benigna se preacuerda, resulta el imputado obteniendo penas que no se compadecen con la gravedad de la conducta y, lo que es peor, el juez de conocimiento no puede intervenir para corregir la imputación. Resulta absurdo que la fiscalía pase por alto, por ejemplo, la circunstancia de agravación prevista en el Art. 365 para cuando se porta el arma de fuego utilizando medio motorizado, siendo que hace parte de la descripción del punible de "Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios partes o municiones", con lo cual se duplica la pena. (Se rebaja nueve años de prisión) Lo propio se puede decir del Hurto calificado por la violencia contra las personas, cuya pena mínima es de ocho años de prisión, pero si se ubica en el numeral primero del Art. 340 (violencia sobre las cosas) la pena mínima es de seis años.

Pues bien, para concluir, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se revocará la providencia impugnada, aprobando el preacuerdo celebrado entre el procesado y la fiscalía, para que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería proceda a emitir el fallo correspondiente.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERIA, EN SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, el auto de fecha, naturaleza y origen conocidos que fue objeto de apelación. En su lugar se dispone impartir aprobación al preacuerdo celebrado entre el procesado EDWAR ARVEY PARRA

Procesado: EDWAR ARBEY PARRA HOYOS
Delito: FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O
MUNICIONES EN CONCURSO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
Radicado N° 23 001 60 01 015 2015 03093

HOYOS y la Fiscalía. El juez de instancia procederá, dentro del término legal para ello, emitir la respectiva sentencia.

SEGUNDO. Las partes quedan notificadas en estrado. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

TERCERO. Devuélvase la carpeta al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

Magistrado ponente

VICTOR RAMÓN DIZ CASTRO

Magistrado

LIA CRISTINA OJEDA YEPES

Magistrada

EVA PATRICIA GARCÉS CARRASCO

Secretaria