



Tribunal Superior del Distrito Judicial
Secretaría Sala Penal
Neiva - Huila

Neiva, 21 de julio de 2020

Oficio N° 5203
Rad. N°: 2019 00523 01
NOTIFICACIÓN VIRTUAL

Señor
GENARO VIVAS PAZ,
Carrera 1 B No. 27 A – 33 Barrio Ucrania
Tel. 310 834 9492
Popayán – Cauca

REFERENCIA: Proceso penal contra **GENARO VIVAS PAZ, acusado por la presunta comisión del delito de TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO.**

Comendidamente me permito notificarle que mediante providencia del 14 de julio de 2020, la Sala Tercera de Decisión Penal de esta Corporación, dentro del proceso penal de la referencia, dispuso lo siguiente:

“...PRIMERO. CONFIRMAR la providencia de fecha y origen anotados por las puntuales razones arriba consignadas. SEGUNDO. MANIFESTAR que la presente decisión se notificará en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, esto es, de acuerdo al inciso 3° del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, y contra la misma no procede ningún recurso. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE... ”.

Fdo. Magistrado Ponente **Javier Iván Chávarro Rojas.**

Se adjunta copia de la citada providencia y del salvamento de voto presentado por el Magistrado, Doctor José Enrique Jesús Hernando Caballero Quintero.

Atentamente,

ANDRÉS FELIPE YUSTRES
(NOTIFICACIÓN VIRTUAL)



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Neiva, martes catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020)

Aprobado Acta N° 691

Magistrado Ponente: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

2019 00523 01

I. ASUNTO

Derrotada la ponencia inicial resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto proferido el 25 de noviembre de 2019¹ por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Neiva, mediante el cual improbió el preacuerdo suscrito por la Fiscalía y GENARO VIVAS PAZ, acusado por la presunta comisión del delito de *tráfico fabricación o porte de estupefacientes agravado*.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Según se colige del escrito de acusación y acta de preacuerdo, a las 12:30 horas del 22 de febrero de 2019 en la Vereda Alto de la Cruz, jurisdicción rural del municipio de Isnos, miembros del Ejército Nacional, ubicados en puesto de control, practicaron registro voluntario al bus donde se transportaba como pasajero el señor GENARO VIVAS PAZ, quien dijo ser el dueño de una tula de fibra donde se halló una sustancia, la cual fue luego sometida a prueba preliminar PIPH y pesaje, arrojando resultado positivo para cocaína y sus derivados y pesando 11.78 kilos netos.

¹ Pasó a este despacho el 7 de julio de 2020 – F. 6 C. Tribunal –

B. ACTUACIÓN PROCESAL

Radicado el escrito de acusación—fs. 2 a 6— y asignado el conocimiento de la actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Neiva—f. 9—, el 20 de agosto de 2019 se llevó a cabo la respectiva audiencia, el 13 de septiembre siguiente se celebró la audiencia preparatoria y el 25 de noviembre del mismo año el juicio oral mutó a diligencia de verificación de preacuerdo, ocasión cuando se adoptó la decisión materia de alzada.

III. EL AUTO²

En suma, el *a quo* luego de aludir a los elementos materiales probatorios allegados, abordar el estudio de los preacuerdos o negociaciones, referir que la adecuación típica debe ser razonable y acompañarse de elementos materiales probatorios, destacar que a la luz del inciso 2º del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, al celebrarse los preacuerdos deben observarse las directivas de la Fiscalía General de la Nación y asegurar que al juez le compete verificar si la Fiscalía cumplió los artículos 336 y 337 al formular la acusación, esto es, si llegó al umbral de conocimiento necesario para proceder con ese acto, resolvió improbar el preacuerdo sometido a su estudio, por presentarse graves atentados contra el principio de legalidad.

Aseguró que la Fiscalía se limitó a esperar el paso del tiempo entre la imputación y la acusación, pero luego del primer acto no realizó ninguna actividad investigativa a fin acreditar los hechos en grado de probabilidad de verdad, como lo exige el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal. Cuestionó que a la Fiscalía no le hubiera llamado la atención la afiliación del acusado a una EPS indígena, pero además, se preguntó por qué si el procesado negó poder firmar, los documentos de su captura aparecen suscritos por él.

² A partir de 39:25

Indicó que el fiscal delegado no procedió como lo exigen las Directivas 001 del 2006 y 001 del 2018 de la Fiscalía General de la Nación y optó por celebrar un preacuerdo alejado de la realidad probatoria, desconociéndose así los lineamientos de la Sentencia SU 479 de 2019. Agregó que la Fiscalía no podía invocar genéricamente las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema como concurrentes en el presente caso, sino que debía precisar cuál de ellas se configuraba, pues así lo exige la Directiva 001 de 2018, pero además, dispone que en los delitos contra la salud pública no es posible reconocer por vía de preacuerdo esa circunstancia.

Adujo que la Fiscalía no corroboró la información aportada por la defensa pública y dio por ciertas unas afirmaciones efectuadas exclusivamente por el acusado, cuando bien pudo haberle tomado un interrogatorio, pues el material suministrado por la defensa debía ser objeto de corroboración.

En cuanto a la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, aseguró que *“la fiscalía tiene que acreditar con claridad este aspecto”*, sin embargo, se le está intentado hacer incurrir en error mediante el empleo de una falacia *ad misericordiam*, dada las condiciones del procesado.

Señaló que si la Fiscalía pretendía reconocer alguna de las circunstancias del artículo 56 del Código Penal, debió haberlo estudiado con suficiencia durante el tiempo transcurrido desde la formulación de imputación y acreditar el nexo causal entre las circunstancias del procesado y la materialidad de la conducta. Agregó que Fiscalía y defensa no pueden engañar a la administración de justicia en la forma como lo están haciendo, pues desde cuando el caso llegó a manos del defensor debió desplegar toda la actividad investigativa a su alcance y no esperar hasta septiembre de 2019 para librar la orden de trabajo al investigador.

En razón básicamente a lo anterior, el togado improbió el preacuerdo de marras y dispuso la compulsión de copias disciplinarias a efectos de investigarse la actuación del señor fiscal, así como el informe a los superiores de las partes.

IV. LA APELACIÓN³

El señor defensor puso de presente que el caso se le asignó en agosto de 2019 y desde ese instante ha procurado comunicarse con su prohijado pese a que reside en el Cauca, sin embargo, el encartado si bien comprende que está incurso en una conducta penal, no entiende la trascendencia del asunto, siendo difícil por sus particulares condiciones, el ejercicio defensivo. Añadió que desde el inicio advirtió la situación de marginalidad, ignorancia y pobreza del procesado y libró misión de trabajo a fin de constatar sus condiciones de vida, pero la recolección de elementos es difícil "...porque es que él viene solito, no tiene un acudiente, una persona que le explique, que le ayude a allegar aquí más que la versión de él en las entrevista que yo le he dado", incluso, fue evidente en la audiencia que no recuerda fechas y a la firma le llama "garabato", habiéndose debido auscultar por el juzgado en esos aspectos.

Refirió no habersele dado la relevancia suficiente a los elementos materiales probatorios, de los cuales se deduce que el procesado "sí tiene las tres circunstancias, ignorancia, pobreza y falta de conocimiento que trae el artículo 56 del Código Penal de manera expresa, ignorancia, pobreza y marginalidad. ¿De qué le sirve a uno que esté enfermo?, es que hay una declaración que dio la señora y que el fiscal hizo en su intervención énfasis, dice que al señor lo utilizaron por su misma situación de pobreza". Por lo tanto, como Fiscalía y defensa consideraron que esa situación no era tan extrema como para excluir la responsabilidad, se optó por incluirla en el preacuerdo.

Manifestó que el fiscal podía apoyarse en el informe rendido por la Defensoría Pública a efectos de suscribir el preacuerdo, pues el mismo es serio, contiene unas declaraciones, revela las circunstancias de marginalidad, ignorancia y pobreza del encartado y muestra hasta el sitio donde vive, sin embargo, el juzgado opta por

³ A partir de 01:56:13

compulsarle copias ante sus superiores para que evalúen si ha realizado una buena defensa.

Finalmente, después de resaltar que ejerció una defensa activa y acordó con la Fiscalía que indagaría sobre las circunstancias del procesado, por estar en mejores condiciones de probar esa situación, y además, porque el reconocimiento del artículo 56 del Código Penal beneficia a su cliente, no al ente acusador, clamó por la revocatoria de la decisión recurrida.

V. NO RECURRENTE⁴

El señor fiscal puso de presente que no es su costumbre suscribir este tipo de preacuerdos, sin embargo, la situación del acusado, es decir, una persona de 70 años de edad, lo amerita. Adicionó que se presume la buena fe de la información consignada en el informe, pues proviene de una institución oficial, siendo evidente que el encartado merece el trato dado en la negociación.

Sostuvo que a raíz de las dificultades o diferencias mantenidas con el togado, a quien denunció disciplinariamente y denunciará penalmente, ha salido perjudicado el procesado. Añadió que el juzgador invoca la sentencia SU 479 de 2019, como si en el presente caso se hubiese transgredido garantías fundamentales, lo cual no ha ocurrido.

Enfatizó que lo acordado con la defensa está acreditado con el informe de la Defensoría y destacó que solo tiene un investigador que comparte con otra Fiscalía, situación que le dificulta desplegar actos de investigación amplios, como los exigidos por el *a quo*.

⁴ A partir de 02:08:02

VI. CONSIDERACIONES

Declárese preliminarmente que a la luz del numeral 1º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, la Sala es competente para resolver la apelación interpuesta por el defensor contra el auto proferido 25 de noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Neiva. Lo anterior impone resolver los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Estaba legitimada la defensa para recurrir la providencia mediante la cual se improbo el preacuerdo suscrito por las partes? ii) ¿De ser afirmativa la anterior respuesta, erró el *a quo* al improbar el preacuerdo suscrito por la Fiscalía y GENARO VIVAS PAZ?

A. Con miras a absolver el primero de los anteriores interrogantes, destáquese que a la luz del inciso 2º del artículo 176 del Código de Procedimiento Penal, la apelación procede, salvo algunas excepciones, contra los autos proferidos en desarrollo de las audiencias y la sentencia, sin que la norma condicione en ningún caso la posibilidad de la defensa a recurrir en apelación a que la Fiscalía también lo haga, pues se trata de un derecho autónomo en cabeza de cada una de las partes, especialmente la agraviada con la respectiva decisión.

Además, sobre la legitimidad en la causa o interés para recurrir como presupuestos de procedencia del recurso de apelación, la jurisprudencia, refiriéndose a la sentencia, pero con argumentos aplicables cuando se trata de autos, declaró lo siguiente:

"2.1. De tiempo atrás, esta Corporación (CSJ AP, 20 oct. 2005, Rad.24026) viene señalando que ese aspecto está vinculado con el concepto de agravio, de tal manera que, si el sujeto procesal ha sufrido perjuicio con la sentencia, en principio, tendrá derecho a impugnarla. Pero, si la decisión satisface a cabalidad sus aspiraciones, «bien porque acoge sus pretensiones defensivas, o porque se dicta en total correspondencia con los acuerdos que ha realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada», no

tendrá interés para recurrir y, tampoco, cuando siendo desfavorable, es consentida por el afectado”⁵ (Destaca la Sala).

Respecto a la posibilidad de la defensa de apelar el auto mediante el cual se imprueba un preacuerdo, así la Fiscalía no haya procedido en idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia ha trazado la siguiente directriz:

“En efecto, conforme a las pruebas allegadas al trámite constitucional, observa la Sala que el Representante de la defensa interpuso recurso de apelación contra el auto del 2 de noviembre de 2018, siendo sustentado en la respectiva audiencia, según lo dispuesto en el precitado artículo 179.

Si bien es cierto, en dicha audiencia la Fiscalía no recurrió la decisión adoptada en primera instancia, también lo es que quien efectuó la solicitud de aprobación ante el Juez fue el mismo ente acusador, basado en la negociación previamente pactada, sin que en momento alguno esa parte haya manifestado su intención de retractarse de la misma o retirar la petición. Luego el hecho de no haber recurrido la decisión improbativa no es significativo de una retractación tácita que rompiera la finalidad de lo acordado dejando en solitario al procesado.

En esas condiciones, no podía el Tribunal Superior de Montería abstenerse de resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de MOSQUERA MOSQUERA, porque ni el ordenamiento jurídico, ni la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal reconocen la figura de la retractación tácita del preacuerdo, que equivocadamente aplicó el ad quem para no desatar la alzada.

Así las cosas, los motivos de la Corporación judicial para no pronunciarse en relación con quien recurrió la improbación del preacuerdo resultan arbitrarios, carentes de respaldo legal y lesivos de las garantías del debido proceso y a la doble instancia que le asisten al demandante, pues que la Fiscalía no apele la decisión mediante la cual el juez imprueba un preacuerdo, no deshace lo acordado entre procesado, defensa y ente

⁵ CSJ. Auto del 30 de agosto de 2017, AP5764-2017, Rad. 49061, MP Dr. Eyder Patiño Cabrera.

investigador, a menos que éste último se retracte del convenio de manera expresa”⁶.

En consecuencia, no se conoce norma o directriz jurisprudencial que impida resolver de fondo esta clase de apelaciones; pues de un lado, es claro que la defensa se siente agraviada por la decisión del *a quo* de improbar el preacuerdo, y de otro, la posibilidad de esta parte de recurrir en apelación, no es más que la expresión del derecho al acceso a la administración de justicia y a la doble instancia, máxime si en cuenta se tiene que la suscripción del preacuerdo es un acto bilateral, y por ende, su postulación no depende del resorte exclusivo de la Fiscalía sino de ambas partes.

- B. Entrando ya en la respuesta al segundo y último interrogante, empíese por destacar que, la humanización de la actuación procesal y las penas, el logro de una pronta justicia, el hallazgo de solución a los conflictos sociales que emergen del delito, y el permitir la participación del imputado en la definición de su caso; legitiman a la Fiscalía y al procesado a celebrar preacuerdos tendientes a la terminación anticipada del proceso —Artículo 348 del Código de Procedimiento Penal—.

Además, según mandato del inciso cuarto del artículo 351 *ibídem*, los preacuerdos entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo si ellos desconocen garantías fundamentales. A su turno, el inciso 5º de la citada norma establece que, aprobados los preacuerdos por el juez, el paso siguiente será la convocatoria a la audiencia para dictar la respectiva sentencia.

Adicionalmente, a la luz del inciso 3º del artículo 327 *idem*, “la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán

⁶ CSJ. Sentencia del 19 de marzo de 2019, STP3570-2019, Rad. 103523, MP Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad” (Destaca la Sala).

Así mismo, a efectos de la aprobación del preacuerdo, el juez debe constatar que la aceptación del imputado sea libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con el debido asesoramiento, según mandato del artículo 131 del Código de Procedimiento Penal. Adicionalmente, téngase presente que, cuando el procesado se allana a cargos o suscribe preacuerdo, ello equivale al escrito de acusación, en los expesos términos del artículo 293 de la Ley 906 de 2004⁷.

Sobre los aspectos a ser materia de preacuerdo⁸ y la imposibilidad de inmiscuirse el juzgador en la calificación jurídica planteada por las partes en el mismo, la jurisprudencia venía sosteniendo que, según el inciso 2º del artículo 350 *ibidem* el procesado podía aceptar su responsabilidad a cambio de que el fiscal: “i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o ii) **tipifique la conducta de una forma específica, con miras a disminuir la pena**”⁹. Pero además, “...acorde con el art. 351 inc. 2º *idem*, podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias”¹⁰. Estas negociaciones escapaban al control material del juzgador, quien solo podía vedarlas “en aquellos casos en que el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico sea tal que raye con la ilicitud, lo manifiestamente ilegal o trasgresor de las garantías fundamentales mínimas”¹¹.

⁷ C.S.J. Cas. Penal. 16 de octubre de 2013. Rad. 39.886. M.P. José Leonidas Bustos Martínez

⁸ “Respecto de este tópico, la Corte ha considerado que pueden ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas: “el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas pos delictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica”. Cfr. entre otras CSJ SP 14 dic. 2005, rad. 21.347, SP 10 may. 2006, rad. 25.389; SP 20 nov. 2013, rad. 41.570”. C.S.J. SP8666-2017.

⁹ C.S.J. SP8666-2017. Sentencia del 14 de junio de 2017, Rad. 47.630, MP Dra. Patricia Salazar Cuéllar

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ *Idem*

En relación con el mismo tema, en anterior ocasión la Corte Suprema de Justicia¹² ya había aludido a la excepcional intervención del juez en materia de control a los preacuerdos o allanamientos a la imputación, restringiéndolo prácticamente a los casos de vicios en el consentimiento, afectación al derecho de defensa, el otorgamiento de más de un beneficio, rebajas de pena superiores a las permitidas por la Ley y concesión de subrogados penales con desconocimiento de las respectivas exigencias normativas.

Los anteriores lineamientos sufrieron cierto cambio o ajuste a raíz de la Sentencia SU 479 de 2019, mediante la cual la Corte Constitucional indicó que la Fiscalía debe respetar los hechos del proceso y acatar los límites impuestos en la Ley y en las Directivas de la Fiscalía General de la Nación al momento de celebrar el preacuerdo, pero además, clarificó que el control judicial a estas negociaciones no es simplemente formal. Al respecto la Alta Corporación expresó:

“69. Todo lo anterior le permite a esta Sala concluir que, si bien no hay doctrina pacífica en la CSJ sobre el alcance de estas facultades, sí puede sostenerse que (i) la facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada y se encuentra limitada, y que (ii) los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, es preciso aclarar que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano”¹³.

En relación con los preacuerdos a través de los cuales se reconoce la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el artículo 56 del Código Penal, en la citada providencia la Corte Constitucional luego de poner de presente que su reconocimiento debe darse en los siguientes casos: *“(i) el*

¹² SP 13939-2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Rad. 42.184- 15 octubre de 2014.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU 479 de 2019, MP Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

procesado se encontraba en 'profundas' situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (ii) estas situaciones influyeron directamente en la ejecución del delito; y (ii) las mismas no tenían la entidad suficiente para excluir la responsabilidad", avaló la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de declarar que, las circunstancias del artículo 56 del Código Penal solo son admisibles en un preacuerdo "en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad"¹⁴, debiendo por lo tanto estar acreditadas y apoyadas en elementos materiales probatorios, pues "(...) reconocer una atenuante punitiva que en nada se relaciona con la situación fáctica imputada y aceptada, implica vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de los afectados con tan lamentable suceso, en tanto proceder de esta manera desnaturaliza la conducta cometida, las circunstancias que la rodearon, a más de desconocer los precisos lineamientos que en materia de preacuerdos, impartió para la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional en Sentencia C-1260 de 2005"¹⁵.

También explicó que, precisamente esa tesis la respalda la Directiva 01 de 2018 de la FGN, mediante la cual se indicó que, para celebrar este tipo de preacuerdos el fiscal delegado debe: "(i) **presentar argumentos fácticos y jurídicos que configuran la circunstancia**, los cuales no se podrán limitar a la indicación de la ocupación, el grado de escolaridad o el lugar de domicilio y (ii) explicar cómo la circunstancia influyó en la ejecución de la conducta punible. Además, (iii) indicar elementos materiales probatorios, es decir, evidencia física en la que soporta la imputación de la circunstancia de menor punibilidad alegada. Señala expresamente que "en ningún caso se imputarán circunstancias de menor punibilidad que no estén debidamente acreditadas fáctica y jurídicamente". Además, sobre el soporte probatorio exigido para la aprobación de este clase de negociaciones, explicó:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP5185-2015 (46027).

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de junio de 2018, STC7735-2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

“...cuando se invoca la causal como atenuante punitivo en los casos de aceptación temprana de la responsabilidad y celebración de preacuerdo, la carga del Estado de acreditar la existencia de la causal se flexibiliza, lo que no quiere decir que no exista un deber del ente acusador de **aportar un mínimo de evidencia de la circunstancia que alega**. En esta etapa procesal, el aporte de elementos materiales probatorios no obedece a un aporte de “pruebas” en el sentido estricto y técnico del C.P.P., sino que hace referencia a **cualquier evidencia que prima facie indique una relación de coherencia con la causal de atenuación punitiva que se pretende reconocer, la cual se tiene como evidencia suficiente para su reconocimiento.** (...)”

A partir de lo anterior, considera la Sala que, así como se requiere un mínimo de evidencia que permita inferir la autoría de la conducta por parte del imputado o acusado para que no se comprometa la presunción de inocencia del procesado y se pueda realizar el preacuerdo, también se requieren elementos materiales probatorios o evidencias físicas **al menos sumarias que acrediten las circunstancias de menor punibilidad que se alega influyeron en la perpetración del delito.**” (Destaca la Sala).

Esta nueva posición fue acogida recientemente por la Corte Suprema de Justicia en Providencia SP2073-2020, donde se declaró que los fiscales no están habilitados para conceder beneficios sin límites a los procesados por vía del preacuerdo. Sobre el particular sentenció:

“En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos

pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados”¹⁶.

C. Dilucidado lo anterior y ubicados ya en el caso materia de estudio, dígase que la Sala abordará los motivos por los cuales el a quo improbo el preacuerdo de cara a los argumentos del recurrente, para así responder a sus planteamientos y ofrecer algunas precisiones al togado y a las partes.

Obsérvese que el preacuerdo de marras consistió en aceptarse la responsabilidad penal del acusado Vivas Paz en el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado*, a cambio de reconocérsele las circunstancias de marginalidad, ignorancia y pobreza extremas previstas en el artículo 56 del Código Penal y fijarse las penas en 65 meses de prisión y 1334 SMLMV de multa.

Una de las razones para la improbación del preacuerdo fue haberse desconocido la Directiva 01 de 2018 de la FGN, según la cual, *“cuando se trate de imputaciones que versen sobre conductas que afecten los bienes jurídicos de: administración pública, administración de justicia, seguridad pública o salud pública, el Fiscal Delegado NO podrá preacordar ninguna circunstancia de menor punibilidad contenida en el artículo 56 del Código Penal”*.

Sobre el tema, recuérdese que, según voces del numeral 3º del artículo 251 de la Constitución Política, es función del Fiscal General de la Nación *“...en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, **determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley**”*. Además, el inciso 2º del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal prevé que, *“el funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General*

¹⁶ CSJ. Sentencia del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Rad. 52.227, MP Dra Patricia Salazar Cuéllar.

de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, **a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento**" (Destaca la Sala).

Adicionalmente, téngase presente que, en la Sentencia SU 479 de 2019 se declaró expresamente que las directivas de la FGN también limitan la decisión de los fiscales de conceder preacuerdos en aplicación de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, resultándoles vinculantes, pero además, esa barrera tiene como miras lograr el cumplimiento de los fines de los preacuerdos y negociaciones. Incluso, según lo expresara la Corte Constitucional, las directivas "...deben ser observadas por los operadores judiciales que tienen a su cargo la celebración y el control de los preacuerdos". Ahí mismo señaló que, "si bien por disposición de la Ley 906 de 2004 las directrices de la FGN vinculan a los fiscales delegados, dado que las mismas limitan los preacuerdos, constituyen también un parámetro para su control judicial por parte de los jueces penales de conocimiento" (Destaca la Sala).

Pese a ese motivo, la FGN en su Directiva 001 de 2015 "Por medio de la cual se explica la naturaleza, se establecen los alcances y se fijan límites sobre el contenido de las directivas"¹⁷, dispuso que excepcionalmente los fiscales podrían alejarse del contenido de las directivas, entre otros casos, cuando se ponga en riesgo las garantías y derechos fundamentales de personas vinculadas a investigaciones penales, para lo cual deberá desplegarse una carga de argumentación y transparencia que ofrezca una justificación razonable y proporcional orientada a construir la respuesta más adecuada al problema jurídico.

Entonces, la Sala advierte que eventualmente el fiscal del caso estaba habilitado para pactar alguna de las circunstancias previstas en el artículo 56 del Código Penal por vía del preacuerdo y distanciarse parcialmente en ese sentido de la

¹⁷ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2015-DIR-0001-NATURALEZA-Y-ALCANCE-DIRECTIVAS-1.pdf>

restricción consagrada en la Directiva 001 de 2018, pues así lo autoriza la Directiva 001 de 2015, sin embargo, para ello le era exigible una sólida carga argumentativa, la cual brilla por su ausencia en el presente caso.

Además, la Directiva 001 de 2018 impone otros deberes en cabeza del fiscal que decide preacordar una circunstancia de las previstas en el artículo 56, las que por coincidir con las exigencias desarrolladas de vieja data en la Ley y la jurisprudencia para el reconocimiento de ese atenuante y por haberse estudiado ampliamente en la Sentencia SU 479 de 2019, resultan a todas luces exigibles.

La primera carga consiste en determinar cuál o cuáles de las tres circunstancias se configuran, esto es, la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema; pues se trata de situaciones distintas y alternativas que si bien podrían estar correlacionadas o incluso coexistir en un caso determinado, no puede considerélas como un todo genérico. Ese deber se incumplió en el *sub judice*, pues en el preacuerdo se aludió a las tres situaciones, sin diferenciar, pero además, sin explicarse por qué concurrían todas y no solo una o dos de ellas. Incluso, la explicación la intentó ofrecerla extemporáneamente el defensor al sustentar su apelación, cuando estimó configuradas las tres condiciones del artículo 56, pero lejos estuvo de ahondar en razones.

Recuérdese que según lo ha entendido la jurisprudencia, i) La marginalidad constituye “un fenómeno sociológico que depende de ciertos factores de marginación por la pertenencia de una persona a un determinado grupo social - excluido o discriminado-¹⁸”¹⁹; ii) la ignorancia “corresponde a la falta de conocimientos respecto de un ámbito específico, es decir, no se conoce algo o no se comprende..., el desconocimiento no debe ser de tal magnitud que, por ejemplo, configure un error de prohibición capaz de sustentar la exclusión de

¹⁸ Por ejemplo, minorías étnicas, pueblos indígenas, desplazados, migrantes, refugiados, personas con discapacidad, personas que viven con el VIH/SIDA y población LGTBI, entre otros. Cfr. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). Informe sobre Desarrollo Humano. 2016.

¹⁹ CSJ. Auto del 5 de agosto de 2019, AP3161-2019, Rad. 51.706, MP Dra Patricia Salazar Cuéllar.

responsabilidad”²⁰; y iii) cuando se alude a la pobreza “se debe distinguir entre aquella situación en la cual se consiguen los recursos económicos necesarios para subsistir, de la miseria (pobreza extrema o indigencia), en la que media total incertidumbre acerca de la satisfacción mínima de las necesidades básicas (salud, alimentación, vivienda, vestido, agua potable, aseo y asistencia sanitaria, educación, electricidad, entretenimiento, etc.), siempre que, a la luz del artículo 56 del Código Penal, no configure una causal de exclusión de responsabilidad, por ejemplo, un estado de necesidad disculpante”²¹.

Por consiguiente, debió el señor fiscal consignar en el preacuerdo cuál o cuáles de las circunstancias del artículo 56 del Código Penal estaba reconociendo, sin embargo, aludió indistintamente a las tres situaciones. Si bien nada obsta para la estructuración simultánea de todas, debió brindar alguna ilustración del porqué concurría cada una de ellas, en lugar de hacer alusión en forma general. Además, debía denotar la naturaleza extrema de esas condiciones del procesado, pero tampoco lo cumplió, pues no basta con concurrir la marginalidad, ignorancia o pobreza, sino que las mismas deben ser “profundas” y “extremas” a fin de tener inequívoca incidencia en la conducta punible cometida, es decir, tener especial connotación o entidad.

En cuanto a la presentación de los argumentos sobre la configuración de la circunstancia reconocida en el caso concreto y la forma como esas circunstancias influyeron en la comisión de la conducta-presupuesto exigido expresamente por el artículo 56 del Código Penal-, también se presentaron falencias; pues el señor fiscal si bien leyó los términos de la negociación y explicó el contenido de los elementos materiales probatorios sobre los cuales se apoyaba, nunca expuso por qué a partir de los mismos se infería que el procesado había perpetrado la conducta ilícita motivado o determinado exclusivamente por esas circunstancias; luego entonces, dejó a la interpretación

²⁰ CSJ. Sentencia del 4 de diciembre de 2019, SP5356-2019, Rad.50525, MP Dr Luis Antonio Hernández

²¹ Idem.

y razonamiento del juzgador la manera como pudieron influir la marginalidad, ignorancia y pobreza extremas en el actuar del procesado.

En este orden de ideas, el Tribunal comparte hasta ahora los planteamientos esbozados por el juez de primera instancia a efectos de improbar el preacuerdo sometido a su control.

No sucede lo mismo con la afirmación del togado de tratarse de un preacuerdo alejado de la realidad fáctica y sin soporte probatorio suficiente; pues sin entrar en el estudio de los elementos materiales probatorios traídos a la actuación, solo se advierte que las falencias del preacuerdo fueron básicamente argumentativas, no resultado de una diáfana la arbitrariedad.

Obsérvese que si bien la Fiscalía no recaudó material probatorio sobre el atenuante luego de formulada la imputación y acusación, por cuanto de un lado, en principio no está obligada a investigar lo favorable al procesado, y de otro, es razonable que habiéndose capturado en flagrancia a Vivaz Paz y reunido el material probatorio correspondiente en su momento, ello le bastara para acreditar su hipótesis fáctica; la defensa legítimamente y como le correspondía de acuerdo a la Ley, sí investigó sobre las condiciones personales de su prohijado que hubieran podido incidir en la comisión del delito a fin de proponer, así lo fuera por vía de preacuerdo, una contra hipótesis a la tesis inicial de la Fiscalía.

Dígase que si la labor de la defensa dio cuenta de aspectos de la vida del acusado, especialmente relacionados con su discapacidad física, sus enfermedades, su avanzada edad, la conformación de su familia y su condición socioeconómica, lo que supuestamente pudo incidir en la comisión del delito; resultaría apresurada a ligera la afirmación del togado en el sentido de haberse puesto de acuerdo las partes para engañarlo, máxime si no se advierte que haya estudiado serenamente los elementos materiales probatorios allegados.

Tampoco tuvo en cuenta el juez que, el estándar probatorio exigido por el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal y por la jurisprudencia, especialmente en la Sentencia SU 479 de 2019, a efectos de celebrarse un preacuerdo, es apenas el de “prueba mínima” o “prueba sumaria” sobre la estructuración del atenuante a reconocer, no siendo por ende exigible el acopio de profuso material probatorio, pues de ser así, tendría que celebrarse el juicio oral, momento cuando ya la suscripción del preacuerdo perdería sentido.

De otro lado, debe dejarse de lado la creencia acerca de que solo el material probatorio de la Fiscalía es suficiente para probar un determinado hecho o circunstancia; pues en el sistema con tendencia acusatoria que rige nuestro ordenamiento, se predica la igualdad de armas entre las partes, motivo por el cual el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 204, 267, 268 y ss autoriza a la defensa a buscar, recolectar y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física, así como acudir ante peritos y recepcionar entrevistas; material a ser valorado en igualdad de condiciones al aducido por la Fiscalía. Por lo tanto, no existía ninguna dificultad para que el preacuerdo se sustentara en probanzas arrimadas por la defensa, menos si fueron recolectadas por un investigador adscrito a la Defensoría del Pueblo y no hay evidencia de haberse tratado de documentos falsos, contrarios a la verdad, faltos de autenticidad o impertinentes a fin de soportar las circunstancias pactadas.

A fin de intentar dilucidar algunas aseveraciones del *a quo*, vale la pena destacar que, según lo precisó recientemente la Corte Suprema de Justicia²², existe la posibilidad que tras la imputación o acusación, surjan elementos capaces de variar la hipótesis fáctica de la Fiscalía, lo cual bien puede verse reflejado en la celebración de un preacuerdo o en la variación de la calificación jurídica durante el trámite del proceso ordinario. Lo anterior por cuanto ninguno de las partes tiene asegurado el éxito de hipótesis inicial, ya que “...en las fases anteriores al juicio solo pueden hacerse análisis prospectivos sobre la posibilidad real de

²² CSJ. Sentencia del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Rad. 52.227, MP Dra Patricia Salazar Cuéllar.

demostrar más allá de duda razonable la hipótesis elegida en virtud de los juicios de imputación y acusación, así como la posibilidad de la defensa de demostrar que la hipótesis alternativa es verdaderamente plausible”, pues la demostración de cada hipótesis dependerá de la comparecencia de los testigos, la dialéctica del interrogatorio, la impugnación de su credibilidad, su posible retractación y la fortaleza de las pruebas de la contraparte, por lo que, **“ante este panorama, es razonable que la concurrencia de hipótesis factuales, en las fases previas al juicio, sea uno de los escenarios propicios para la celebración de acuerdos entre las partes...”**.

Por consiguiente, tampoco es extraño que pese a no haberse aludido a las circunstancias del artículo 56 del Código Penal en la imputación o acusación, previo al juicio la Fiscalía resolviera reconocer por vía del preacuerdo las mismas en virtud del material probatorio traído por la defensa; pues lo trascendente es que la circunstancia tenga base fáctica, posea respaldo probatorio mínimo o sumario y sobre todo, en acatamiento a la precitada Directiva de la FGN, se haya argumentado debidamente su estructuración y establecido razonablemente su relación con el delito. Adicionalmente, sobre el tema resulta relevante la siguiente directriz jurisprudencial:

“(i) cuando se habla de los “hechos del caso”¹ como referente para la celebración de acuerdos, no puede perderse de vista que se trata de hipótesis, sometidas a diferentes estándares a lo largo de la actuación penal; (ii) para hacer la imputación, la Fiscalía debe verificar el estándar establecido en el artículo 287, y debe hacer lo propio para decidir sobre la acusación, según los lineamientos del artículo 336; (iii) si el juicio de imputación y/o el juicio de acusación arrojan como resultado una hipótesis favorable en algún sentido al procesado –por ejemplo, que el homicidio se cometió bajo estado de ira, su intervención fue a título de cómplice y no de autor, se trató de un delito de hurto y no de peculado, etcétera, la inclusión de esos aspectos no constituyen un beneficio, sino la sujeción al principio de legalidad; (iv) los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la

Constitución Política, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida – según el estándar previsto para cada fase-, sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos; (v) **es posible que luego de formulada la imputación, en virtud de la progresividad inherente a la actuación, la Fiscalía deba ajustar los cargos, lo que en algunos casos puede perjudicar al procesado** –como en los eventos analizados en el fallo con radicado 510072-, pero en otros puede favorecerlo, como cuando, luego de la imputación, se establece que el homicidio ocurrió bajo circunstancias de menor punibilidad; (vi) **esos cambios pueden producirse por su propia actividad investigativa o por la información que logre recopilar la defensa** –cuando opta por compartirla para que la hipótesis inicial sea corregida-; y (vii) **es igualmente posible que en las fases anteriores al juicio la defensa planteé hipótesis alternativas fundadas**, así, a juicio de la Fiscalía, no tengan el respaldo “probatorio” suficiente para modificar la hipótesis factual de la imputación a la luz de los lineamientos de los artículos 287 y 336”²³ (Destaca la Sala).

Así las cosas, si las actividades investigativas cumplidas por la defensa tienen incluso la entidad de poder variar la hipótesis fáctica planteada por la Fiscalía en la acusación, ¿cómo negar que puedan servir de fundamento para la celebración de un preacuerdo?

Recapitulando, erró el *a quo* al exigirle a la Fiscalía el despliegue de profundos actos investigativos a fin de reconocer el atenuante de marras por vía de preacuerdo, sin embargo, la decisión apelada se mantendrá incólume en razón básicamente a las fallas argumentativas arriba puestas de presente y a la reciente postura jurisprudencial sobre la obligatoriedad de las Directivas de la Fiscalía General de la Nación, incluso para los órganos jurisdiccionales.

²³ CSJ. Sentencia del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Rad. 52.227, MP Dra Patricia Salazar Cuéllar.

Marginalmente, en cuanto a la situación física y social del acusado puesta de presente por el señor defensor en la apelación, llámese la atención al juzgador y a las partes e intervinientes a efectos que la actuación se realice con estricto acatamiento de los artículos 1, 2, 4, 13, 29 y 46 de la Carta, y de ser necesario, se hagan ajustes razonables al procedimiento en los términos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad – CRPD (2006) - aprobada por la Ley 1346 de 2009-, así como de acuerdo a la Ley 1996 de 2019-en caso de resultar aplicable-. Recuérdese que según lo ha decantado la jurisprudencia, el mandato constitucional que propende por la igualdad real, material o efectiva “se materializa en una regla de trato diferenciado o adaptado y de formulación de políticas públicas focalizadas, destinadas a corregir desigualdades de hecho...” (Sentencia C – 115 de 2017, C. Const, con 23).

D. De otro lado, si en atención a la emergencia sanitaria declarada en todo el territorio nacional por el Presidente de la República a través del Decreto 385 del 12 de marzo de 2020 con miras a contrarrestar los efectos de la pandemia ocasionada con el Covid-19, la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PCSJA20-11517 del pasado 15 de marzo, mediante el cual suspendió los términos judiciales y ordenó a los servidores judiciales trabajar desde sus casas; si mediante Acuerdo PCSJA20-11567 expedido el 5 de junio de 2020 se previeron excepciones a esa regla en ciertos asuntos de competencia de los jueces penales de conocimiento, y se dispuso continuar prestando el servicio desde las residencias de los servidores judiciales mediante el uso de las tecnologías de la información, precisándose que, los memoriales y comunicaciones podrían enviarse o recibirse por correo electrónico, directrices reiteradas en el Acuerdo PCSJA20-11581 del 27 de junio de 2020; si a luz del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, por regla general las providencias deben notificarse en estrados a las partes, pero el inciso 3º de esa norma señala que, “de manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”; y si el pasado 30 de abril la Presidencia de la Sala

Penal de esta Corporación expidió el “PROTOCOLO PARA EL TRÁMITE DE PROCESOS PENALES Y CONTABILIZACIÓN DE TÉRMINOS EN LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA”, en el cual se ordena que la notificación de las providencias dictadas en los procesos penales se realice a través del correo electrónico; se dispondrá que por Secretaría se notifique la presente decisión de forma virtual o a través del medio más expedido a su disposición a las partes e intervinientes, siguiendo los lineamientos del inciso 3º del artículo 169 del C.P.P.

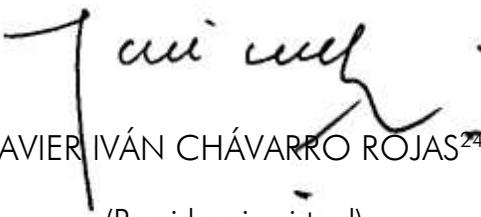
En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia de fecha y origen anotados por las puntuales razones arriba consignadas.

SEGUNDO. MANIFESTAR que la presente decisión se notificará en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, esto es, de acuerdo al inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, y contra la misma no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS²⁴
(Providencia virtual)

²⁴ La presente decisión se suscribe de forma virtual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 que autorizó la utilización de firmas escaneadas, en concordancia con lo señalado en el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido el 5 de junio de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura sobre el deber de los servidores judiciales de prestar el servicio preferentemente desde sus casas y emplear las tecnologías en sus actuaciones, reiterado en el Acuerdo PCSJA20-11581 del 27 de junio de 2020.

Procesado: Genaro Vivas Paz
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado
Radicación No. 41551 60 00 597 2019 00523 01


HERNANDO QUINTERO DELGADO
(Providencia virtual)


JOSÉ ENRIQUE JESUS HERNANDO CABALLERO QUINTERO
(Providencia virtual-Salvamento de voto)


LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

Folio No. Tomo No. del libro de autos penales



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA, HUILA

SALVAMENTO DE VOTO AL AUTO PROFERIDO EN EL PROCESO PENAL CON RADICADO n.º 2019-00523-01, SEGUIDO CONTRA GENARO VIVAZ PAZ, POR LA CONDUCTA PUNIBLE DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO.

1. De manera respetuosa con los magistrados que componen la Sala mayoritaria y especialmente del señor ponente, expongo las razones por las que salvo el voto en la providencia que confirma la decisión del *a quo*. Como quiera que observo que el defensor de **GENARO VIVAZ PAZ**, no tenía legitimidad para impugnar la decisión del 25 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Neiva, Huila, que improbió el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía, el procesado y su apoderado judicial.

2. Lo anterior, en razón y mérito a que sólo fue interpuesto por una parte suscriptora del acuerdo. No se debe olvidar que éstos, al igual que las negociaciones, son actos bilaterales, tal y como lo estipula el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, y por ello están sujetos al consenso de ambas partes. A diferencia de lo que ocurre con el allanamiento a cargos, en este caso la aceptación de la responsabilidad se hace de manera unilateral.

3. La Fiscalía General de la Nación por intermedio de su delegado no interpuso el recurso de apelación. Lo que se entiende como su desinterés en que este superior funcional estudie la decisión del juez de primer nivel. Si la Fiscalía era parte suscriptora del acuerdo, le era exigible recurrir, tal y como lo hizo el defensor. En otras palabras, de su silencio se deduce en la interposición del recurso de alzada que su voluntad ha cambiado y ya no es su deseo celebrar el preacuerdo al que había llegado con el procesado.

4. El inciso 2º del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, establece que los preacuerdos son retractables antes de su aprobación por

el juez de conocimiento lo que todavía no ha ocurrido en este caso. Si la Fiscalía está de acuerdo con lo decidido por el juez, se entiende que se ha deshecho el acuerdo. En consecuencia, opera la sustracción de materia sobre el tema en discusión. Esto es, si se debe o no aprobar; puesto que ya no estaría vigente.

5. Dicho de otra manera, la ausencia de interposición de recursos por parte de la Fiscalía permite en la dinámica procesal entender que acoge lo decidido. Cuando una decisión no es recurrida por una parte cuyos efectos le alcanzan, es porque consiente en ella. Así lo tiene entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, cuando en el auto del 1º de julio de 2009, Rad. 31.763 M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, en un caso que, aunque distinto, guarda la misma lógica procesal, dijo:

"...Ese asentimiento, ese consentimiento, esa conformidad con el auto del juzgador, reflejado en la manifestación expresa de no interponer recursos, equivale a decir que la Fiscalía no insiste en su petición de preclusión, que la retira. Y, en tal contexto, permitir que una parte diferente interponga y le sea resuelto un recurso (cuando el Fiscal ha renunciado a esos medios de gravamen), equivaldría, ni más ni menos, a que un sujeto procesal diferente del Fiscal quedase habilitado para postular la preclusión, en oposición manifiesta al mandato legal que concedió esa facultad de manera exclusiva al acusador.

De tal manera que si la petición de preclusión compete únicamente a la Fiscalía, y las demás partes sólo pueden acudir accesoriamente a coadyuvar o a oponerse a su pedido, la inconformidad con lo resuelto igualmente es de resorte exclusivo de esta parte, contexto dentro del cual los otros intervinientes pueden actuar exclusivamente como no recurrentes, eso es, su actuación se condiciona a que el peticionario recurra, para, ahí sí, participar respaldando o rechazando los recursos de la Fiscalía.

Si la Fiscalía está conforme con la decisión judicial y la consecuencia de ello es que no impugna, a pesar de lo cual se habilita a otros intervinientes para recurrir, ello comportaría una perversión del sistema, en tanto por esta vía se permitiría, en contra del expreso mandato legal, que una parte ajena a la Fiscalía solicitara la preclusión, pues ese es el alcance real de un recurso ajeno al ente investigador."

"...la postura de la Fiscalía de no cuestionar la decisión del juez que optó por rechazar la preclusión implica consentimiento con la providencia, esto es, que los argumentos judiciales la convencieron, o, lo que es lo mismo, adquiere certeza de que, al menos en ese momento, no procedía declarar la extinción de la acción penal"

6. De manera tal, que cuando en este evento la Fiscalía no recurrió, ni avaló en su intervención como no recurrente la impugnación, mostraba su asentimiento con alguna o todas las razones jurídicas esbozadas por el juez, que a su juicio lo inhibían de aceptar el preacuerdo. De ese modo rompió la necesaria bilateralidad que caracteriza a esta figura del derecho procesal consensual, pues el actuar de la Fiscalía y su voluntad procesal ha de entenderse atada a la legalidad. Por ende, cuando el *a quo* calificó de ilegal el preacuerdo celebrado y no fue censurado por el ente acusador, debió entenderse que el convenio se deshizo.

7. Por esta razón, para que no opere la sustracción de materia, así como se percibiera el interés jurídico en todos los que requerían recurrir, era menester que tanto la Fiscalía General de la Nación como la defensa apelaran. De lo contrario, se entiende que los convencen las razones del juez y con ello, el preacuerdo queda sin vigencia. Como se sabe esa clase de convenio es retractable hasta el momento en que obtenga aprobación por el juez conocimiento.

8. Si el preacuerdo es improbadado por el juez en primera instancia las partes pueden insistir en su aprobación, haciendo uso de los recursos y dejando ver su intención expresa de mantenerse en lo pactado. También puede suceder que se acepte lo decidido y se esté a lo resuelto por el *A-quo*, caso en el cual se entiende que hay allí una clara retractación.

9. La posición jurídica que planteo guarda coherencia con la postura de antaño sostenida por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, que expresamente ha dicho:

"(...) La bilateralidad de los preacuerdos conlleva a que sean esas dos partes las que hagan prevalecer su voluntad de negociación, voluntad que queda supeditada a la aprobación o rechazo del juez de conocimiento. No obstante, ese poder de negociación que tienen los sujetos procesales, puede

presentarse la posibilidad de desistir o retractarse del preacuerdo, tal como lo autoriza el Art. 293 del CPP y el literal d del Art. 8 ibídem.

11. Esto significa que si alguna de las partes deja el acuerdo a su suerte porque, como aquí ocurrió, lo resuelto por el juzgador de primer grado no es sometido a debate por quienes lo suscribieron, debe entenderse que el preacuerdo feneció, máxime cuando la Fiscalía mostró conformidad con los argumentos del a quo para improbar el preacuerdo.

(...)

13. Así, resolver un recurso de apelación promovido exclusivamente por una de las partes que participaron en la elaboración de un contrato, implica desconocer el presupuesto procesal de la legitimación, porque el preacuerdo, que en últimas se asimila a un negocio jurídico, debe ser suscrito, promovido o debatido por quienes participan del mismo y, si como aquí ocurre, la controversia la plantea solamente la defensa, resultan insuficientes sus manifestaciones para que la judicatura entre a resolver su inconformidad.

(...)

15. En conclusión si se imprueba un preacuerdo, deben las dos partes que lo suscriben impugnar la decisión, porque si únicamente lo hace la defensa, se entiende tácitamente que la Fiscalía se está retractando o desistiendo de esa negociación máxime, se reitera, cuando al momento del traslado de no recurrentes manifestó su conformidad con la decisión de la a quo que lo improbo.”¹

10. Postura que también concuerda con la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali cuando al resolver un caso similar expuso:

"En este evento no nos encontramos ante una solicitud de preclusión, se trata de preacuerdo el que como ya advertimos es bilateral y precisamente por ser de ese talante, si hay decisión de improbación se encuentra mayormente legitimado es el fiscal, en cabeza de quien se encuentra la acción penal porque si esta parte no recurre, la defensa estima esta Sala por sí no se encuentra legitimada para hacerlo.

(...)

¹ Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Auto 2013-01923-01. Del 6 de junio de 2014. M.P. Alberto Poveda Perdomo. Reiterado en providencia radicado 2012-10040-01.

En consecuencia, considera la Colegiatura que tanto para la formación del preacuerdo como para la impugnación de la decisión del Juez de conocimiento que lo imprueba, es una carga procesal ante todo de la Fiscalía o bilateral, toda vez que ese consenso debe irrogarse hasta su último momento agotando las facultades jurídicas que posibiliten llevar a feliz término la tesis que plantean en el preacuerdo.

En conclusión, si se imprueba un preacuerdo, deben las dos partes que lo suscriben impugnar la decisión, porque si únicamente lo hace la defensa, se entiende tácitamente que la Fiscalía se está retractando o desistiendo de esa negociación y muestra total acuerdo con la decisión de la A-quo que lo improbo.²

11. En consecuencia, no siendo posible considerar que el preacuerdo sigue vigente, opera la sustracción de materia, causa por la cual considera el suscrito magistrado que la Sala se debió de abstener de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra del auto proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Neiva, Huila, que no aprobó el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y acusado.

12. En acción de tutela STP3570-2019, radicado 103523. MP. Patricia Salazar Cuéllar, traída a colación por el ponente, para legitimar al defensor para recurrir el preacuerdo, considero que no es una decisión de toda la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que no hace ninguna consideración en torno al tema. Con un quorum muy precario, son dos magistrados que firman un fallo de tutela que solamente tiene efectos inter partes.

13. Estas son las razones en términos generales, que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria. Dejo de esta manera planteado mi salvamento de voto.

Cordialmente,



JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO
Magistrado

Fecha, ut supra

² Sala Penal del Tribunal Superior de Cali. Radicado 2011-06035. M.P. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear.