



República de Colombia
Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO
VILLAVICENCIO

Sala Penal
Magistrado Ponente:
Alcibíades Vargas Bautista
Aprobado acta No. 0095

Villavicencio, 08 JUL 2016

Interlocutorio: Segunda Instancia
Radicado: 50251 61 00 000 2015 00003 01
Delito: Conservación o financiación de plantaciones
Procesado: Carlos Augusto Céspedes Orozco

ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto de fecha 15 de junio de 2016 proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Acacías (Meta), mediante el cual se rechazó el preacuerdo celebrado por las partes y se decretó nulidad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Según la Fiscalía los hechos ocurren el día 28 de octubre de 2015, en las coordenadas LO033610-LW 735211/LO 033611-LW 735212/LN 033612-LW 735210/LS 033604-LW 735212, vereda Caño Leche o Caño Dulce, jurisdicción del municipio de El Castillo (Meta), cuando miembros del Batallón de Infantería Aerotransportado N° 21 del Ejército Nacional que adelantaban labores de patrullaje, capturan en flagrancia al señor CARLOS AUGUSTO CÉSPEDES OROZCO en

momentos en que en compañía de otras personas laboraban en un cultivo de aproximadamente 1.500 matas de coca. El capturado manifestó tener en arriendo el predio y haber contratado a las personas que se hallaban en el lugar.

2. La Fiscalía imputó el delito de Conservación o Financiación de plantaciones (art. 375 inc. 1º del C.P.), con la circunstancia de menor punibilidad contenida en el numeral 1º del art. 55 del C.P. (carencia de antecedentes penales), sin allanamiento a cargos.

Posteriormente, las partes presentaron escrito de preacuerdo, consistente en la aceptación de la responsabilidad penal por parte del imputado a cambio de una rebaja equivalente al doce punto cinco (12.5) de la pena a imponer.

3. En audiencia de verificación del preacuerdo celebrada el 16 de mayo de 2016, el Juez Penal del Circuito de Acacías (Meta) encontró deficiencias en la imputación jurídica, por lo que requirió al Fiscal para que adecuara correctamente los hechos a uno de los verbos rectores previstos en la norma penal. También censuró el que la fiscalía hubiera variado la imputación fáctica en esa audiencia, cuando señaló que el área de terreno donde se hallaba el cultivo de coca no era de 1 Hectárea sino de ¼ de Hectárea, y por tanto "no le cabía en la cabeza" que ese escaso terreno contuviera 1500 matas de coca. Finalmente, interrogó al Fiscal sobre las facultades del Ejército Nacional para adelantar actos de investigación inherentes a la Policía Judicial, pues hallaba extraño que hubiere sido el Batallón de Infantería el que adelantara actividades tales como, la filmación de un video, recolección de evidencias e incautación de medios de prueba, con la excusa de que el terreno era de difícil acceso y con

problemas de orden público. Por estas razones dispuso el aplazamiento de la decisión sobre la legalidad o no del preacuerdo presentado, exigiéndole al Fiscal la presentación de los mínimos probatorios con los que contaba.

4. El día 15 de junio siguiente, en audiencia convocada para la lectura de la decisión sobre la verificación de legalidad del preacuerdo, el Juez de conocimiento **rechazó el preacuerdo, decretó la nulidad de todo lo actuado** a partir de la formulación de imputación por violación de las garantías fundamentales del imputado y dispuso la libertad inmediata del procesado. En su criterio, al haberse llevado a cabo por el Ejército Nacional, actos de indagación de exclusiva competencia de la Policía Judicial, las pruebas obtenidas emergían ilícitas y por tanto, debían ser excluidas; de manera que sobre ellas no podía formularse imputación ni adelantarse la actuación. También resalta que la Fiscalía no explicó porque varió la extensión de terreno cultivado, cuando este aspecto tiene incidencia directa en la adecuación típica de la conducta con efectos en la punibilidad y considera que el verbo rector "conservar" no corresponde a la situación fáctica.

5. La Fiscalía apeló la decisión judicial, resaltando que existe libertad probatoria para demostrar los hechos y cuenta en este caso con elementos materiales probatorios que dan cuenta de la imputación fáctica y jurídica que presenta a través del preacuerdo. Señala además que existen etapas en las cuales se verifica la legalidad de los actos procesales y de las pruebas obtenidas, de manera que el Juez no puede desechar la investigación adelantada ni el preacuerdo presentado.

En el traslado a los sujetos procesales no recurrentes el Ministerio Público se mostró conforme con la decisión del A quo, ya que en su criterio concurre una grave afectación de garantías fundamentales tras las facultades abrogadas ilegítimamente por el Ejército Nacional. La Defensa por su parte, manifiesta que sí se presentaron discusiones en torno al verbo rector y a la extensión de terreno, y que en todo caso, sí el Juez considera estar ante una causal de nulidad debe decretarla.

CONSIDERACIONES

1. La decisión de primera instancia será revocada para que el a-quo se ciña al procedimiento que para los casos de terminación anticipada (con allanamiento a cargos o por preacuerdo) dispone el artículo 293 del C. de P. P., en concordancia con los artículos 8 literal L, 131 y 351-4 idem. Es decir se limite a aprobar el preacuerdo y convoque a audiencia de individualización de pena y sentencia, impruebe si lo pre-acordado desconoce lo establecido en los artículos 350 y s.s. del C. de P.P., o anule el preacuerdo en caso de afectación de garantías procesales. No está bien que se utilicen instituciones propias del proceso ordinario para decidir casos del proceso abreviado o al contrario.

2. Cuando el procesado debidamente asesorado por la defensa ejercita su derecho de renunciar al juicio oral por vía de la suscripción de un preacuerdo o por allanamiento a cargos, el trámite a seguir es el propio del procedimiento abreviado y por tanto las instituciones propias del procedimiento ordinario no tienen cabida. De allí que resulte un desatino decretar la nulidad de todo lo actuado so pretexto de ilicitud o ilegalidad de las pruebas obtenidas por la Fiscalía, pues,

de existir estas lo procedente es improbar o anular el preacuerdo, siempre que se afecten los mínimos probatorios para imputar, incluida la confesión simple que surge con la aceptación de los cargos contenida en el preacuerdo, caso en el cual deben estar probados los vicios en el consentimiento del procesado. Para esto último es absolutamente necesario dar aplicación al interrogatorio referido en el artículo 131 del C. de P. P., pues es la única manera de que el juez pueda percibir si hubo o no vicios en el consentimiento de quien acepta los cargos o confiesa el hecho.

Nótese que una ilicitud o ilegalidad probatoria solo trae como consecuencia jurídica la exclusión y no la nulidad según se infiere del texto de los artículos 359 y 360 del C. de P.P. Empero tratándose de un proceso abreviado, de establecerse certeramente la ilicitud de la prueba, ella por sí misma no constituye violación de garantías, pues bien pueden existir otras pruebas que sostengan la imputación y de no existir estas últimas, el juez de conocimiento solo podría anular el preacuerdo; no las actuaciones realizadas en la investigación por cuanto ello es del resorte de los jueces de garantías o del juez de conocimiento en el proceso ordinario. Esto último por vía de la exclusión en desarrollo de la audiencia preparatoria.

En efecto, el C. de P.P., regula las nulidades en el título VI del Libro III bajo el epígrafe de "ineficacia de los actos procesales" y en los artículos 455, 456 y 457 las clasifica según la causa que las origina, esto es la derivada de la prueba ilícita, la derivada de la incompetencia del juez y la derivada de violación de garantías fundamentales concretamente del derecho de defensa y del debido proceso. Estas causas tienen sus propias consecuencias y su decreto surge en escenarios diferentes. La nulidad por incompetencia (art.

456) afecta todo lo actuado y puede ser decretada en cualquier momento y la violación de garantías fundamentales (art. 457), cuyo manejo depende de si se trata de una violación al derecho de defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales (art. 457) o derivada de la prueba ilícita (art. 23 y 455). En el primer caso solo se afecta la actuación que dependa del momento en que se presente siempre que se quiebre la estructura del esqueleto procesal y puede ser decretada en cualquier momento. En el segundo caso, su decreto solo es posible en la fase pertinente de la audiencia preparatoria porque su consecuencia propiamente no es la nulidad sino la exclusión de los elementos probatorios.

Pese a lo dicho, de presentarse la ilicitud no le corresponde al juez de conocimiento que conoce de un preacuerdo anular todo lo actuado sino a lo sumo improbar el preacuerdo en caso de que no subsistan pruebas mínimas para sostener la imputación.

3. Con todo, debe decirse que las ilicitudes o ilegalidades en la actuación del Ejército no existen y por ello sobre estas no podría tampoco fundarse la no aprobación de preacuerdo. Ciertamente es que el Ejército Nacional no tiene funciones de "Policía Judicial" y por tanto no puede adelantar actos de investigación propios de esta, **pero tampoco hasta el extremo de que en situaciones de flagrancia no puedan realizar las capturas y asegurar los elementos de prueba encontrados**, pues si pueden hacerlo los particulares con mayor razón los miembros del Ejército. Lo que de ninguna manera pueden realizar son los actos de investigación que corresponden a los miembros de la Policía Judicial, tales como entrevistas, declaraciones, reconocimientos, levantamiento de planos, o el interrogatorio al indiciado o capturado descrito en el

artículo 282 del C. de P. P., salvo que estos actos sean realizados por las unidades de Policía Judicial de la Fuerzas Militares referidas en el D.1810 de 1.992, pero en los estrictos términos señalados en la sentencia C-034 de 1.993, es decir por personal no militar.

Sobre las funciones de Policía Judicial realizada por militares la Corte Suprema de Justicia en sentencia de junio 5 de 2.013, radicado 34867, M.P. José Leonidas Bustos Martínez señaló:

“La afirmación de la casacionista, en el sentido de que la Armada Nacional no tenía competencia para cumplir funciones de policía judicial, no admite discusiones, pues la normatividad legal no incluye esta fuerza dentro de los órganos autorizados para hacerlo,¹ y el ordenamiento superior tampoco lo consiente.

Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha sostenido que la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares, de la que hacen parte el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea,² está prohibida por la Carta Política, porque desnaturaliza la estructura y objetivos esenciales de dicha fuerza y contraría la prohibición contenida en su artículo 213.³

Pero esto no significa, como lo entiende la casacionista, que las actividades realizadas por los miembros de la Armada Nacional o cualquier otro órgano de las Fuerzas Militares, en ejercicio del deber de protección de las personas, o de la preservación del orden público y la convivencia ciudadana, o de la facultad consagrada en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, se tornen ilícitas o ilegales por el simple hecho de provenir de un órgano que no tiene asignadas funciones de policía judicial.

Además de la finalidad primordial que el artículo 217 de la Constitución Nacional le asigna a las Fuerzas Militares, de la “defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, también tiene el deber de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, que el artículo 2º ejusdem le impone a todas las autoridades de la República, y el de colaborar en forma armónica con las demás ramas del poder público para la realización de los fines del Estado, que el artículo 113 asigna a todos sus órganos.

.....
En cumplimiento de estas finalidades de origen también constitucional y legal, es frecuente que las Fuerzas Militares tengan que intervenir para prevenir o conjurar alteraciones del orden o la paz ciudadana, o repeler

¹ Artículos 201, 202 y 203 de la Ley 906 de 2004.

² Artículo 217 C. N.

³ Sentencia C-034/93. En el mismo sentido, Sentencia C-179/94, Sentencia C-251/02 y Sentencia C-1024/02, entre otras.

actividades ilícitas, **o capturar delincuentes en flagrante actividad delictiva, y que en ejercicio de esta actividad se vean enfrentados a situaciones en las que las circunstancias exigen realizar preventivamente funciones que normalmente cumple policía judicial, mientras ésta asume su control.** (resalto fuera de texto)

Para la Corte es claro, por tanto, que la respuesta de la fuerza pública en estos casos es legítima, por estar amparada en el deber de protección de las personas y la necesidad de intervención que como autoridad le compete, que la Constitución Nacional igualmente les asigna, tal como viene de ser expuesto y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional.

El problema jurídico se plantea alrededor de las actividades que en desarrollo de esta facultad de respuesta adelante la fuerza pública, pues debe entenderse que su capacidad de acción en estos casos no puede ser ilimitada y que la legalidad o ilegalidad de las actuaciones que cumpla dependerá de que sean respetuosas de los derechos fundamentales y de las fronteras de competencia de los órganos de investigación.

Si invade competencias que son privativas de policía judicial, entendidas por tales las que por su naturaleza implican una actividad investigativa, como sería el caso de los interrogatorios, los análisis de campo, la recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, el levantamiento de planos, de registros fotográficos, las inspecciones, etcétera, que comportan, de suyo, funciones propias de investigación con pretensión probatoria, la actuación, en lo que tiene que ver con las actividades desbordadas, será ilegal, como ya lo ha reconocido la Corte en otras oportunidades.⁴

Pero si las fuerzas militares se limitan a dar respuesta a una situación de peligro, o a un llamado de ayuda, sin desplazar a los cuerpos de policía judicial en las funciones de indagación que les son propias, como ocurre cuando solo realizan requisas preventivas, o capturas de personas sorprendidas en flagrante actividad delictiva, o actos de protección y aseguramiento de los elementos probatorios y las evidencias físicas descubiertos, mientras los órganos de policía asumen el control de la situación, la actuación será lícita, si se cumple dentro de los marcos de respeto de las garantías fundamentales". (Negrillas fuera de texto)

Conforme al anterior criterio jurisprudencial la ilegalidad de la prueba predicada por el juez de conocimiento no es tal; la actividad de los militares en este caso no podía limitarse a la captura de personas sino que era necesario que aseguraran la evidencia física encontrada que era connatural a la captura y fundamento probatorio de la misma. Ahora, de los elementos materiales probatorios que ordenó el

⁴ Casación 23251, sentencia de 13 de septiembre de 2006.

A quo se aportaran a la actuación, se observa con claridad que fueron miembros de Policía Judicial quienes adelantaron los actos de investigación tales como, los interrogatorios a los indiciados, el registro fotográfico del lugar de los hechos, la verificación de plena identidad, antecedentes judiciales y arraigo, el informe de investigador de campo de fijación fotográfica de unas evidencias, y el informe de investigador de campo sobre pesaje, identificación preliminar y toma de muestras de sustancias controladas y material vegetal⁵.

Fundamentar una nulidad por vulneración de garantías fundamentales con ocasión a la ilegalidad o ilicitud de las pruebas obtenidas dentro de las diligencias llevadas a cabo por el Ejército Nacional, resulta equivocado en este caso porque estos no excedieron las labores que le son propias ni asumieron roles inherentes a la Policía Judicial.

4. Ahora bien, en lo concerniente a los preacuerdos y negociaciones, el funcionario de conocimiento no solo debe verificar si la aceptación de responsabilidad penal se llevó de manera libre, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de su defensor, sino que tampoco se presente violación de garantías fundamentales, pero de ser este el caso, su función implica la posibilidad de improbar aquellas manifestaciones de culpabilidad que conlleven o sean resultado de afectación a derechos y garantías fundamentales del procesado.

De esta manera, en principio, los preacuerdos son vinculantes tanto para las partes (fiscalía e imputado o acusado) como para el Juez,

⁵ Visibles a folios 15 y s.s. del c.o. del juzgado.

quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome su curso dentro del marco de la legalidad⁶.

Dicho de otra manera, si bien es cierto, el Juez de conocimiento debe advertir la presencia de un vicio del consentimiento o una afectación de garantías fundamentales, la determinación que adopte frente a ello no es otra que anular el acto procesal, esto es, el preacuerdo o negociación, para que se retorne a la vía ordinaria, porque sus facultades en ese estadio procesal se limitan a la negociación que en principio le es vinculante.

5. En este caso, el Juez de conocimiento optó por rechazar el preacuerdo, sin evaluar los términos del mismo y tras considerar vulneradas las garantías fundamentales del procesado con ocasión a la presunta obtención y producción de pruebas ilícitas, anuló la actuación incluidas las supuestas pruebas ilegales, cuando en tal caso sólo podía anular el preacuerdo. No examinó la petición que le formularon las partes y excedió sus facultades al ejercer un control material de la imputación, insistiéndole a la Fiscalía cambiar los términos de su formulación so pretexto de soslayar el núcleo fáctico con una incorrecta adecuación típica. Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia⁷ ha destacado lo siguiente:

“En el sistema adversarial no se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso–, mediante la cual obligue al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual

⁶ Ver Corte Suprema de Justicia, sentencia del 03 de febrero de 2016, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, radicado 43.356.

⁷ Sentencia del 16 de julio de 2014, radicado 40.871.

distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, dado que con ello se desestructura la sistemática adversarial, toda vez que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, demostrarla. De ser así, se comprometería al juez con el programa metodológico, y por sobre todo, con la iniciativa y responsabilidad de la Fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio y argumentativo de cara al juicio, a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.”

En verdad, los mínimos probatorios presentados por la fiscalía soportan la imputación del cargo por el delito de Conservación o financiación de plantaciones, el cual no se afecta por la variación que en el preacuerdo se hace respecto del área de cultivo de la planta ilícita, ya que esta deviene precisamente de las labores de investigación que fueron adelantadas por los miembros de Policía Judicial. En lo concerniente a los verbos rectores contenidos en este tipo penal de clase “compuesto mixto”⁸, la situación fáctica es posible encuadrarla en los allí referidos, esto es, **cultivar** (que se entiende como la actividad enderezada a conseguir un apropiado desarrollo de la planta de la cual pueda extraerse drogas que causen dependencia); **conservar** (entendida como tener plantas con las características ya señaladas, bien sea antes de sembrarlas o luego de ser arrancadas de la sementera; y **financiar** (que es la actividad de patrocinio económico que se hace por parte de una persona para la existencia del cultivo⁹. Es la Fiscalía quien establece autónomamente la imputación jurídica y al hallarse que esta es acorde a la imputación fáctica, no hay lugar a disentir de la misma y menos es posible realizar controles que no son competencia del juez, tal como aquí sucedió, pues el juez no puede entrometerse en cuestiones que no le

⁸ El tipo penal compuesto designa a los que describen una pluralidad de conductas, cada una con capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta. Se subclasifican en: (i) complejos o consuntivos, suponen la concurrencia de dos o más conductas, cada una constitutiva de un tipo autónomo, pero de cuya unión nace un complejo típico distinto dotado de independencia; y (ii) mixtos, que pese a contemplar diversas modalidades de conducta, se conforman con la realización de cualquiera de ellas. Clasificación de los tipos penales según su estructura. Derecho Penal – Parte General, Fernando Velásquez V., Ed. Comlibros, 2009, páginas 622 y s.s..

⁹ Lecciones de Derecho Penal –Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2011, páginas 315 y 316.

han sido planteadas, desconociendo que este es un sistema de partes y su función es la de un tercero imparcial que no puede usurpar los roles de los sujetos procesales e intervinientes.

En ese orden de ideas, se revocará el auto impugnado, para que el A quo resuelva sobre la legalidad del preacuerdo presentado por las partes, atendiendo los parámetros señalados en los artículos 293 del C. de P. P., en concordancia con los artículos 8 literal L, 131 y 351-4 ídem.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio,

RESUELVE:

1. REVOCAR el auto apelado, ya indicado en su fecha, origen y naturaleza. En su lugar, se dispondrá que el Juez de primera instancia proceda a resolver sobre la legalidad del preacuerdo presentado por las partes, en los términos indicados en la parte motiva de este proveído.

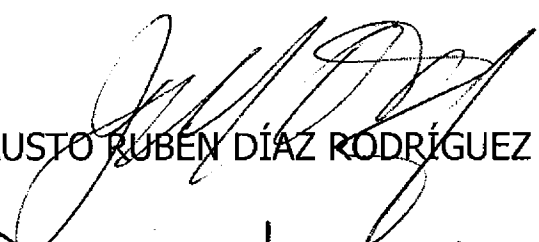
2. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

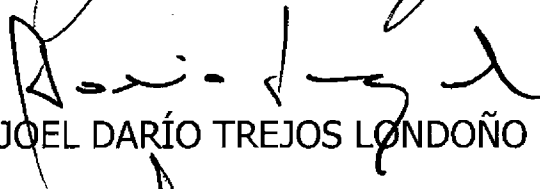
Los Magistrados,



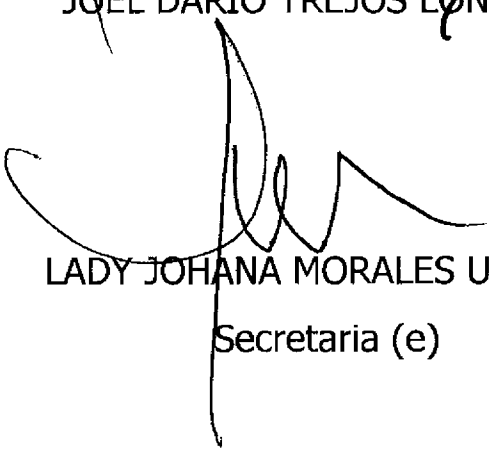
ALCIBÍADES VARGAS BAUTISTA



FAUSTO RUBÉN DÍAZ RODRÍGUEZ



JOEL DARÍO TREJOS LONDOÑO



LADY JOHANA MORALES URREGO

Secretaria (e)