



SALA DE DECISIÓN PENAL

PROCESO: 05001-60-00206-2016-37613 (8821)
DELITO: Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego
PROCESADO: Juan David Luna Hernández
OBJETO: Apelación auto imprueba preacuerdo
DECISIÓN: Abstiene de conocer apelación
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Auto Interlocutorio N°307
Aprobado mediante acta N°182
Medellín, veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis

ASUNTO A TRATAR

En el caso presente, correspondería a la magistratura proceder a desatar la alzada interpuesta por el delegado fiscal en contra del auto proferido por el Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín el 26 de octubre de 2016, mediante el cual decidió no aprobar el preacuerdo suscrito entre el funcionario recurrente, el imputado y su defensora, si no fuera porque se avizoran razones que impiden realizar dicha actividad, como a continuación se expone.

ANTECEDENTES

Según el escrito de acusación, el 22 de julio de 2016 aproximadamente a las 16:25 horas, se informó por parte de la patrulla 37-145 de la Policía, que en la calle 12 con carrera 32 del barrio el Poblado de Medellín, se encontraba un sujeto merodeando el sector en forma sospechosa, razón por la cual, los policiales adscritos a

la estación de policía del Poblado se dirigieron a dicha dirección, en la cual observaron al mencionado ciudadano, que corresponde al nombre de **JUAN DAVID LUNA HERNÁNDEZ** y al que se le realizó un registro personal y al palparle un abultamiento anormal en la pretina, de la parte derecha del pantalón con forma de empuñadura de un arma, se procedió de inmediato a asegurar el elemento, que finalmente se pudo establecer que se trataba de un revólver marca *"Llama Cassidy calibre 38 pavonado, sin catch, número interno 289, número externo IM9807H y 5 cartuchos calibre 38 para el mismo."*

Ante tal hallazgo, los agentes del orden solicitaron al señor **LUNA HERNÁNDEZ**, el permiso para el porte del arma que le fue encontrada; sin embargo, éste manifestó no contar con él, situación que originó su captura en flagrancia.

Es de anotar que los elementos incautados fueron puestos a disposición del perito experto en balística del laboratorio de la SIJIN, el cual concluyó que *"el arma de fuego se encuentra en buen estado de funcionamiento, es decir, es apta para producir disparos y los cartuchos se encontraron en buen estado de conservación, esto es, aptos para ser utilizados"*.

El 23 de julio de 2016, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juez 42 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, en las cuales se le imputó al señor **JUAN DAVID LUNA HERNÁNDEZ**, la conducta de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones en calidad de autor; delito que no aceptó el imputado y finalmente se le impuso medida de aseguramiento restrictiva de su libertad en establecimiento carcelario.

La Fiscal 67 Seccional, presentó el 19 de septiembre de 2016, escrito de acusación en contra de **JUAN DAVID LUNA HERNÁNDEZ**, reiterando el cargo endilgado en la audiencia de imputación, correspondiendo por reparto el asunto al Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín, pero este Despacho, por disposición de los acuerdos CSJAA165-1879 del 21 de septiembre y CSJA-SA16-5173 del 26 de septiembre, ambos de la presente anualidad, lo remitió a su homólogo 29 Penal del Circuito y éste fijó como fecha para evacuación de la audiencia de formulación de acusación, el día 26 de octubre de 2016.

Una vez llegado el día y hora para llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación¹, informó el delegado fiscal que se había logrado un acuerdo con el acusado; por lo tanto, varió la naturaleza de la audiencia y acto seguido, de manera oral, se presentó el preacuerdo al que habían llegado el fiscal, la defensora y el acusado; el cual consistía básicamente en que el señor **LUNA HERNÁNDEZ**, aceptaba su responsabilidad en la comisión de la conducta descrita en el artículo 365 del Código Penal y como contraprestación, el Fiscal le reconocía la circunstancia de marginalidad y extrema pobreza que establece el artículo 56 de esta misma codificación y pactaron la pena de prisión en un monto de 5 años o lo que es lo mismo, de sesenta meses; sin embargo, el funcionario de conocimiento no aprobó el preacuerdo al que llegaron las partes, por lo que el Delegado Fiscal, interpuso el recurso de apelación, siendo concedido en el efecto suspensivo.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

En el auto que fue objeto de apelación, precisó el juez de instancia que efectivamente la Fiscalía tiene el deber

¹ Folio 25.

de investigar las conductas punibles; sin embargo, en algunas oportunidades puede dar aplicación al principio de oportunidad, a la preclusión y los preacuerdos, estos últimos, regidos por la Ley 906 de 2004, los cuales tienen como fin humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

También indica el *a-quo* que la Corte Constitucional ha señalado los límites del juez de conocimiento frente a los preacuerdos, acerca de su control formal y material, en cuanto a que el Juez tiene limitadas funciones, ya que no tiene facultades para imponer su punto de vista acerca del caso que se le pone de presente; no obstante, el juez sí debe examinar que la manifestación preacordada de culpabilidad no esté viciada, es decir, que se trate de una decisión libre, consciente, voluntaria y que el procesado esté debidamente informado y asesorado por la defensa; además, que no se le estén quebrantando derechos y garantías, en especial la presunción de inocencia.

Igualmente, relaciona que la Corte Suprema ha establecido que la Fiscalía debe hacer traslado de los elementos probatorios que den cuenta acerca de los hechos y responsabilidad penal del procesado; además, que el preacuerdo no debe consistir en un doble favorecimiento y en cuanto al reconocimiento de la marginalidad, ello es posible, así como la degradación de la conducta y la modificación de la calificación jurídica por un tipo más benigno.

Para el caso concreto, frente al reconocimiento de la circunstancia de marginalidad al señor **LUNA HERNÁNDEZ** no hay reparo alguno; sin embargo, debe precisarse que el juez de conocimiento tiene la obligación de examinar que el acuerdo suscrito entre fiscalía y defensa, no quebrante garantías, dentro de las cuales se encuentra el de la estricta adecuación típica y el **principio de legalidad de la pena**.

Reitera el Juez de instancia, que una de las formas de negociación es el reconocimiento de circunstancias de marginalidad y no es necesario solicitar pruebas acerca de ello, porque de ser así, no se estaría frente a un beneficio, sino, ante un derecho.

Así las cosas, reconocido este beneficio, si en el preacuerdo también quiere tasar la pena en concreto, debe hacerse bajo el marco de legalidad y si bien es cierto, tal y como lo afirma el Fiscal, no está sometido al sistema de cuartos, ello no significa que al definir la pena dentro de los cuartos de movilidad, legalmente establecidos conforme al artículo 61 C.P., se pueda imponer cualquier pena, toda vez que esta debe estar condicionada a las circunstancias modales de la calificación de la conducta desde la imputación y la acusación y al marco fáctico esencial; por lo tanto, si desde la imputación no se han aducido circunstancias de mayor punibilidad, que son las que señalan el cuarto de movilidad en que debe ir la pena y no fueron señaladas en imputación, ni en la acusación, al momento de negociar Fiscalía y Defensa tienen esa limitación.

Afirma el Juez que los cuartos de movilidad resultantes una vez reconocida la marginalidad y la inexistencia o la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, trazan para fiscalía y defensa un mínimo y un máximo a imponer; por lo

tanto, al no haber circunstancias de mayor punibilidad y reconocido como único beneficio la marginalidad, la pena se tendría que mover dentro del primer cuarto de movilidad y dentro de este cuarto, la pena que se quiera imponer, es decir, se estaría respetando el principio de legalidad de la pena.

Insiste el a-quo que el hecho de que no haya que aplicar el sistema de cuartos, no significa que Fiscalía y Defensa puedan irse a los cuartos máximos o medios sin que existan circunstancias de mayor punibilidad, porque eso tornaría la pena en arbitraria y no sería dable al juez impartirle aprobación al preacuerdo al observar tal situación; concluyendo que al pactarse el monto de la pena en 5 años de prisión, ésta se encontraría en el cuarto máximo para la pena prevista una vez aplicada la marginalidad sin que exista fundamento fáctico y jurídico para llegar a ese extremo.

LA APELACIÓN

No conforme con la decisión del fallador, el representante de la fiscalía general de la nación interpuso y sustentó el recurso de apelación; por su parte, la defensa dijo no hacer uso de ningún recurso, así como tampoco elevó ninguna petición ni pronunciamiento al respecto.

Apartándose de las consideraciones del funcionario de primer grado, dijo el recurrente, que el delito por el que se formuló imputación, es el de porte de arma de fuego, el cual trae aparejada una pena de 9 a 12 años de prisión y en cuanto al preacuerdo, éste tiene unas finalidades, como son humanizar la pena, la aplicación procesal del derecho penal, la pronta y cumplida justicia, entre otros; siendo una de las formas permitidas de negociación, el

reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, lo que implica que el ámbito de movilidad varía conforme a lo establecido por el artículo 56 del Código Penal, que para el caso concreto, sería de 18 a 72 meses de prisión.

Ahora, en lo que discrepa el fiscal es en que no ha habido violación al principio de legalidad estricta frente a la pena, pues es el mismo parágrafo final del artículo 61 del Código Penal el que indica que el sistema de cuartos no se aplica en preacuerdo o negociaciones, es decir, se trata de una extensión de esa estricta legalidad de la pena, que lo que hace es ampliar ese margen de negociación entre fiscalía y defensa; por ello, cuando se acuerda la pena, no debe ni siquiera, mencionarse los cuartos; por ello, no se está en la obligación de acudir a dichos cuartos, así no se hayan deducido circunstancias de mayor punibilidad.

Situación diferente ocurre cuando se confía a la judicatura la individualización de la pena, porque en ese evento sí está obligado el juez aplicar los cuartos y omitirlos sí sería violar el principio de legalidad estricta de la pena, pero cuando es producto de preacuerdo, ante la permisón de la ley artículo 61 C.P., no hay vulneración a ese principio de legalidad, ya que en este caso, el marco de movilidad fluctúa entre 18 y 72 meses y la pena acordada fue de 60 meses de prisión.

Considera el Fiscal, que si se obliga a que el funcionario deba aplicar el sistema de cuartos, se impide la negociación, por que si bien es cierto, no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad al señor **LUNA HERNÁNDEZ**, la pena consensuada no es caprichosa, toda vez que el acusado cuenta con otras dos sentencias condenatorias por el mismo delito y por ello, se impuso la

pena en ese monto; por lo tanto, solicita revocar la decisión y se proceda a la aprobación del acuerdo y consecuente con ello se dicte sentencia.

Como no recurrentes ni la defensora, ni el acusado hicieron uso de la palabra y tampoco elevaron ninguna manifestación de inconformidad con la decisión.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Si bien el artículo 34 numeral primero de la ley 906 de 2004 otorga competencia a las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial para conocer y desatar las apelaciones que se intenten en contra de los autos proferidos por los señores jueces penales del circuito del respectivo distrito, no puede en este evento darse el trámite al recurso interpuesto conforme a los siguientes planteamientos.

En el caso bajo estudio, fijada fecha y hora para llevar a cabo audiencia de formulación de acusación, al iniciar el acto procesal el señor juez fue informado por las partes que habían celebrado un acuerdo, mismo que le fue puesto de presente al funcionario de manera oral, el cual consistía en que el señor **LUNA HERNÁNDEZ** aceptaba la responsabilidad en la comisión de la conducta de fabricación, tráfico o porte de arma de fuego (artículo 365 del Código Penal) y en su lugar se le reconocía la circunstancia de marginalidad y extrema pobreza; además, se pactó el monto de la pena a imponer en 60 meses de prisión, acuerdo que aceptaron tanto la defensa como el acusado al realizarle el respectivo interrogatorio.

No obstante, dicho acuerdo no fue avalado por el señor juez, quien en su labor de verificación concluyó que el monto de la pena que fue pactado por las partes vulnera el principio de estricta legalidad, toda vez que no se tuvo en cuenta el sistema de cuartos; por lo tanto, al no existir circunstancias de mayor punibilidad, la pena debió fijarse en el primer cuarto y no el cuarto máximo.

Corrido el traslado a las partes para que manifestaran si interponían o no recursos, nótese como solamente hizo uso de esa facultad el señor fiscal, uno de las suscriptoras del acuerdo, mientras que la defensora, por el contrario, además de no impugnar la decisión del señor juez, en su condición de no recurrente no hizo ninguna manifestación, al igual que el procesado.

Dicho de otra manera, la ausencia de interposición de recursos por parte de la defensa y el procesado, permite en la dinámica procesal entender que acogen lo decidido, porque 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 1 de julio de 2009, Rd. 31.763 M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, en un caso que aunque distinto porque allí se trataba de una preclusión, 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.”

Lo anterior, esto es, la conducta de la señora defensora frente al auto objeto de censura, es lo que lleva a la Sala a no dar trámite al recurso interpuesto pues, no olvidemos que los acuerdos y negociaciones son actos bilaterales, tal y como lo enseña el artículo 350 de la ley 906 de 2004 y por ello dependen del consenso de esas partes a diferencia, como es bien conocido por los operadores jurídicos, de los allanamientos en los cuales, la aceptación de responsabilidad por parte del procesado es unilateral.

Entonces, con el asentimiento de la defensora y el acusado, frente a la improbación del acuerdo, encuentra la Sala es que se está ante una retractación de dicho acuerdo por parte de uno de los signantes, retractación que es perfectamente válida² y que echa por la borda dicha negociación.

Debe decirse, que tratándose de acuerdos, si el juez emite decisión no aprobándolo y si las partes pretenden que el mismo tenga efectos, deben entonces insistir en su reconocimiento y ello debe hacerse por medio de los recursos ordinarios pues si, como en este caso, uno de los firmantes *–la defensora y el acusado–* deciden no hacer uso de los recursos que le otorga la ley de cara a su aprobación y además, no coadyuvan la petición de la Fiscalía, es clara que su conducta procesal es la

² Para el efecto puede citarse la sentencia del 23.01.2008. Radicación 28.298 de la Sala de casación penal de la H. Corte Suprema de justicia.

retractación de ese acuerdo, hecha dentro del límite permitido por la ley, pues recuérdese que los mismos se convierten en irrevocables una vez el juez ha impartido su aprobación y aquella no ha sido cuestionada por las partes o intervinientes, como lo señala claramente el artículo 293 inciso segundo de la ley 906 de 2004.

Si se permitiera a una sola de las partes, en este caso la Fiscalía, para que siga adelante con una negociación, de la cual se evidencia su desistimiento en el término oportuno, por uno de los firmantes, sería equivalente a decir, que el Fiscal tiene la facultad de presentar unilateralmente un preacuerdo, lo cual desnaturalizaría completamente dicho instituto.

En este mismo sentido otras salas de este tribunal³ se han pronunciado considerando que si alguna de las partes, cuyo interés para recurrir es evidente, dado que son suscriptoras del acuerdo, no hacen uso del recurso, ese acuerdo no nace a la vida jurídica y no se puede, por la vía de un recurso, mantener sus consecuencias cuando ya uno de los firmantes ha dado marcha atrás en su intención.

Si ello es así, no ve la Sala que pueda introducirse en el análisis del fondo de un asunto que estando sujeto en su validez a la anuencia de las partes, una de ellas se retracta del mismo en tiempo oportuno, no solo al no hacer uso de los recursos –*que ha debido intentar si estimaba que debía prevalecer lo acordado*- sino, como en este caso, ni siquiera se dio apoyo a la propuesta elevada por el fiscal.

³ Auto del 03.09.2010 M. P. MARITZA ORTÍZ CASTRO. Radicación 05 001 60 00 00000 2010 000202; auto del 10.03.2010. M. P. LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ, Radicación 2009 00382; auto del 10.12.2010. M. P. CESAR RENGIFO CUELLO. Radicación 2008 19126. Auto del 13.11.2015. M.P. MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS. Radicación 2015-00815. Auto del 18.10.2016. M.P. Ricardo de la Pava Marulanda. Radicación 2016-00444.

Por ello, concluimos, el camino a seguir no es otro que abstenernos de conocer del recurso interpuesto, acogiendo expresamente esta postura jurisprudencial que se acomoda, creemos, a los postulados de los que se ha venido denominando justicia negociada y premial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

ABSTENERSE DE CONOCER del recurso de apelación interpuesto en contra del auto del 26 de octubre de 2016, proferido por el Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, con funciones de conocimiento, por medio del cual improbió el preacuerdo celebrado entre la fiscalía, **JUAN DAVID LUNA HERÁNDEZ** y su defensora.

Esta decisión queda notificada a las partes y a los intervinientes en estrados y contra la misma procede recurso de reposición.

Una vez en firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MARIA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado