



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, jueves quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Aprobado en la fecha, acta N° 183

Radicado N° 05001-60-00000-2016-00378

Interlocutorio de Segunda Instancia N° 251

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: dieciséis de septiembre de 2016, 08:15 a.m.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía General de la Nación y la defensa de los acusados LUCAS PÉREZ TORO y FERNEY CANO ZAPATA, en contra de la decisión proferida en audiencia pública por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 20 de junio de 2016, en la que de los preacuerdos presentados improbió el celebrado con los citados, considerando lo pactado generaba vulneración al principio de legalidad.

ACONTECER FÁCTICO

Se desprende del escrito de acusación, que información allegada al GAULA en enero 08 de 2015, da cuenta que grupo delincuenciaal autodenominado “los de curazao”, integrantes de la ODEIN (Organización Delincuencial Integrada al Narcotráfico) “los triana”, se encontraban “vacunando” en varias unidades residenciales de la comuna 7, barrio Robledo. Adelantadas labores de investigación en marzo 05 de 2015 el Jefe Seccional de Inteligencia de Policía MEVAL da a conocer que:

“...efectivamente en el sector residencial de Santa María de Robledo y Territorio de Robledo sobre la carrera 95 con calle 70 existe una banda delincuenciaal

autodenominada CURAZAO, cuya actividad delictiva se basa en el cobro de EXTORSIONES, (vigilancia informal) y expendio de estupefacientes, respecto a la conformación está liderada por ALIAS "EL VIEJO" O KILER, integrada por 20 personas aproximadamente entre los cuales esta OWALDO O KILAR, BEBE, CAMILO, SERGIO, DIEGO, JHON ESTIVEN, el modus operandi se establece con el cobro quincenal por la utilización de los parqueaderos externos que corresponde a los propietarios de los apartamentos de las diferentes urbanizaciones, con una cuota monetaria de \$ 5.000 por moto y \$ 10.000 por vehículo, de la misma manera son señalados del cobro de extorsiones a los buses de servicio público robledal palenque ruta 250, la cuota oscila entre \$ 5.000 y \$ 70.000 semanales, tiene establecidos varios puntos de venta de estupefacientes, droga como marihuana y base de cocaína, con una afectación de 980 familias aproximadamente..." (Sic)

En mayo 08 de 2015 agente encubierto ratifica lo anterior, adicionando que son utilizados menores de edad para la comisión de delitos, así como que los de dicha banda:

"... cobraban cuota de EXTORSION a todo negocio de comercio a mayor o menor escala, a los del transporte público, los surtidores de víveres, como leche, gaseosas y otros, a los administradores de las torres quienes debían pagar CIEN MIL PESOS (\$100.000) mensuales..."

Se conexó denuncia por desplazamiento forzado de RUBÉN DARÍO SUÁREZ TABORDA, quien se vio en la obligación de dejar su apartamento en Territorio de Robledo por no pagar la cuota que le exigían los de la banda criminal CURAZAO por dejar su automotor en el parqueadero público.

Con la individualización e identificación de los integrantes de la banda en cita, el 21 de mayo se solicitan las ordenes de captura para los mismos y el día 27 siguiente se expide orden de registro y allanamiento para 19 inmuebles "en busca de Elementos Materiales Probatorios, Evidencias Físicas como materialización de la órdenes de captura" (Sic.)

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juez Treinta Penal Municipal de Medellín se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura con orden, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; dentro de los inicialmente capturados se encontraba FERNEY CANO ZAPATA, a quien la Fiscalía imputó el concurso de conductas punibles conformado por concierto para delinquir con fines de extorsión, extorsión agravada, desplazamiento forzado y utilización de menores. Arts. 340, inciso 2º, 244, 245 y 180D del C. P.

Posteriormente, en septiembre 13 de 2015, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Medellín, con función de control de garantías, legaliza el procedimiento y la captura de LUCAS PÉREZ TORO, a quien también se le había expedido orden para ello; la Fiscalía le formuló imputación por concierto para delinquir con fines de extorsión, art. 340, inciso 2º. Cargos que no aceptaron. Les fue impuesta medida de aseguramiento de detención intramural a CANO ZAPATA y domiciliaria a PÉREZ TORO.

Luego, por los mismos cargos imputados a cada uno de los citados la Fiscalía General de la Nación presentó el escrito de acusación y ante el Juzgado Segundo Penal Especializado de Medellín, durante la audiencia de formulación de acusación el representante de la Fiscalía le expresa al Juez de conocimiento que se había llegado a un acuerdo, aquí se procede por los acusados LUCAS PÉREZ TORO y FERNEY CANO ZAPATA, avalado por sus defensores, en el cual se degrada el delito de concierto para delinquir con fines de extorsión a concierto simple, previsto en el artículo 240 inciso 1º, por lo que la pena principal a imponer sería la de 04 años de prisión. Asimismo se acuerda conceder a los acusados la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Excluyó además la Fiscalía los delitos de extorsión agravada, desplazamiento forzado y utilización de menores respecto de FERNEY CANO ZAPATA, manifestando obedece a no contar con soporte para radicar su existencia en cabeza del mismo. Readecuación de calificación jurídica en acta de preacuerdo siguiendo sentencia de la Sala Penal de octubre 28 de 2015 en el radicado 43436 con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, que prevé tal situación: "...no como parte de concesiones hechas al imputado o acusado, sino como producto de las valoraciones del Fiscal sobre la calificación jurídica correspondiente para el caso en particular".

Este preacuerdo fue improbadado por el a-quo, por eliminar respecto de CANO ZAPATA, coadyuvado por la defensa, los tipos penales de extorsión agravada, desplazamiento forzado y utilización de menores, ya imputados y en el sistema penal acusatorio bajo la figura del preacuerdo no se ha permitido la exoneración o eliminación de cargos imputados; la figura para ello sería la preclusión, de lo contrario quedan en el limbo las conductas para las que se concertaron, que siendo delitos autónomos no pueden ser degradados de esa manera.

En segundo lugar el Ente Acusador otorga un doble beneficio, degrada la conducta de concierto para delinquir con fines de extorsión a concierto simple, que conlleva una rebaja del 50%, al partir la pena imponible de dicho tipo penal de 04 años, no de 08 años como el primero, acordando además la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Lo anterior fundado en legislación y jurisprudencia, que reclaman del juez verificar la legalidad de los preacuerdos, para que no sea soslayado el núcleo fáctico de la imputación, que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente las circunstancias específicas de mayor y menor punibilidad, para que la negociación se dé dentro de un marco de razonabilidad jurídica, sin caer en un festín de regalías, menos en la impunidad para no desnaturalizar la administración de justicia.

Al pasar el concierto para delinquir al inciso primero, eliminando la finalidad, el delito por su misma naturaleza desaparece, con base en qué se profiere la sentencia; el inciso segundo del artículo 340 del C. P. es un delito autónomo y separado del inciso primero donde no podría clasificarse ya la conducta punible que exige sea para cometer delitos indeterminados.

Delitos de lesa humanidad, como la desaparición forzada entre otros, como fines del concierto para delinquir lo convierte también en crimen de lesa humanidad, así lo ha significado la jurisprudencia frente a grupos paramilitares. Según la finalidad cada concierto es autónomo e independiente. Radicado 36828, 18 de marzo de 2015, M. P. EYDER PATIÑO CABRERA.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

En contra de la anterior decisión el representante de la Fiscalía y las defensas de los acusados LUCAS PÉREZ TORO y FERNEY CANO ZAPATA interponen el recurso de apelación, el cual sustentan seguidamente en audiencia de la siguiente forma:

1.- El representante de la Fiscalía, expone no estar de acuerdo con la decisión proferida por el a-quo, reclama su revocatoria y la aprobación de los preacuerdos expuestos, en cuanto no hay doble beneficio, pues la única consecuencia

punitiva es la de degradar el concierto para delinquir agravado a un concierto simple del mismo artículo 340, que conlleva disminución de la pena en un 50% al pasar de ocho a cuatro años. La concesión de la condena de ejecución condicional no es un beneficio adicional al ser resultado de valoración jurídica y con elementos con valor suasorio que permiten a la Fiscalía reconocer este derecho al reunir los presupuestos para acceder a él, no es producto de acuerdo es la aplicación de disposiciones legales.

Señala el a-quo que dicha degradación desnaturaliza los demás delitos por ser independientes y autónomos, que no pueden desaparecer así quedando por tanto en el limbo las circunstancias que materializan la conducta por la que se preacuerda. Posición que soporta con referencias de sentencias de constitucionalidad del año 2010, donde se dejó un manejo de preacuerdos bajo directrices de evitar una concesión irrazonable de beneficios, de rebajas punitivas, pero allí también se habló del fin teleológico de los preacuerdos, consagrados en el artículo 248, de revisar aspectos como el costo beneficio, el morigeramiento de la pena y la razonabilidad del preacuerdo, factores que en decisiones posteriores se ha definido que siempre que los preacuerdos no violen principios de estricta tipicidad y legalidad deben ser aprobados y el control del juez es formal. El preacuerdo se presentó en la fase inicial del juicio, en la formulación de acusación y dentro de los parámetros establecidos para ello, acorde al artículo 350, lo que ejemplifica.

Respecto a la preclusión vía preacuerdo que refiere la judicatura como ilegal, para la Fiscalía la interpretación que se le debe dar a la sentencia con radicado 43436 de octubre 28 de 2015 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, es la posibilidad tanto de incluir otras conductas delictivas no imputadas, como de retirarlas para que no formen parte del preacuerdo y se pueda valorar con ese nuevo ajuste de la calificación jurídica que hace la Fiscalía producto de la valoración de elementos materiales de conocimiento aportados y recolectados y si elevó cargos en la audiencia de formulación de imputación no compatibles con éstos para FERNEY CANO ZAPATA, pues dicho material no soporta señalamientos en su contra por conducta diferente al concierto para delinquir que se le imputó, permite esta decisión de la Corte y otras ajustar la calificación jurídica en ejercicio de los principios de economía y celeridad integrándola a un preacuerdo, explicando que no existen elementos que la estructuren, se maneja

así una terminación anticipada respetando el principio de legalidad y de estricta tipicidad.

Reitera en consecuencia la revocatoria de la decisión del a-quo y dar curso a la aprobación del preacuerdo.

2.- La defensa de LUCAS PÉREZ TORO, reclama igualmente la revocatoria de la improbación del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no considera exista un doble beneficio referido a la degradación del tipo penal que conlleva una rebaja del 50% y la concesión del subrogado de la ejecución condicional de la condena, es un error por malinterpretación, el beneficio es único, pasar del concierto agravado a concierto simple, enmarcado en el artículo 340 del C. P. La suspensión de la pena no es beneficio, es el acuerdo que hizo la Fiscalía con la defensa, está dentro de los subrogados que existen en el marco de la Ley.

3.- El apoderado de FERNEY CANO ZAPATA, en la sustentación del recurso de alzada reclama la procedencia del preacuerdo celebrado con la Fiscalía consultando el artículo 348 del C. de P. P., al ser compatible con las finalidades allí establecidas; de manera indiscriminada se imputó a las personas investigadas los mismos delitos, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, hasta hoy no puede inferirse, ni hablar de probabilidad de verdad que su prohijado sea el autor o partícipe de las conductas endilgadas, haciendo necesario readecuar, que no acudir a la preclusión, al ser la acusación un acto de parte y permitir las Honorables Cortes que la Fiscalía readecue la calificación jurídica de las conductas que analizando los elementos materiales con que cuenta no es posible sostenerlas en un eventual juicio.

Se da así aplicación a la norma rectora del artículo 27 del C. P. P., moduladores de la actividad procesal, en el entendido que si se continúa como se viene, se sacrifica la justicia por privación de la libertad y con justeza la Fiscalía readecúa la calificación jurídica de los supuestos fácticos, particularmente en cuanto al concierto para delinquir, en ejercicio de facultades legales y constitucionales.

No obstante los amplios pronunciamientos de la Corte Constitucional, considera se confunde derecho con beneficio al expresar el a-quo que quitar la finalidad del inciso segundo del artículo 340, pasándola al primero y conceder el subrogado del artículo 63, la ejecución condicional de la ejecución de la pena,

es un doble beneficio, siendo lo último un derecho al que se accede por cumplir con la normatividad que lo regula.

CONSIDERACIONES

A la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir el recurso de alzada interpuesto.

Uno de los motivos por los cuales el a quo improbo los preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y los acusados Pérez Toro y Cano Zapata, se soporta en considerar que se está ante la concesión inaceptable de un doble beneficio, ello en razón a que la degradación en la adecuación típica de la conducta comporta el primero, mientras la concesión del subrogado penal representa el segundo, ello en la medida en que ese subrogado no resulta procedente respecto de la conducta ejecutada. Sobre este tópico en particular, la Sala mayoritaria ha venido pronunciándose en el sentido de que la sentencia debe proferirse por el delito realmente ejecutado, de lo cual se deriva que la procedencia de los subrogados y sustitutos ha de examinarse a la luz de la conducta imputada y no de la acordada, otorgando la razón al a quo aunque con variaciones en la motivación. Estas las razones:

Desde los albores del sistema penal de juzgamiento vigente, la jurisprudencia admitió la posibilidad de incluir en las negociaciones lo referente a la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, siempre y cuando no exista una voluntad inequívoca del legislador para no conceder este tipo de beneficios o lo que es lo mismo siempre que no desconozcan las exigencias que el legislador consagró para su procedencia. Sobre el tema esto dijo la Corte:

“3. Respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, la posibilidad de ser acordadas a través de las negociaciones que realicen fiscalía e imputado, convenios que obligan al juez excepto si son lesivos de las garantías fundamentales, no admite exclusiones por la naturaleza del delito a menos que se exprese en contrario una inequívoca voluntad legislativa manifestada a través de una ley que se expida en la nueva y transformada realidad del sistema procesal penal. Entre tanto, la prohibición deviene insubsistente.”¹

¹ Sentencia de casación del 14 de marzo de 2006, Rdo. 24.052.

En la misma dirección, desde esos inicios del sistema la jurisprudencia entendió que el acuerdo sobre la forma de ejecución de la sentencia no se erigía en un doble beneficio, pues se trata de institutos ajenos a la legalidad de delitos y penas, es decir, no constituyen desconocimiento alguno de la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 351 del C. de P.P. Esto señaló la Corte al respecto:

Igualmente, conforme lo anteriormente expuesto, resultaba legalmente admisible que se pactara el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por cuanto además de encontrarse dentro del ámbito de los preacuerdos aquellas negociaciones referidas a la modificación en las condiciones para la ejecución de la pena privativa de la libertad, se comprende sin dificultad que con su reconocimiento en el sub iudice no se vulnera la limitante consagrada en el inciso segundo del artículo 351 del C. de P.P....puesto que los subrogados y beneficios judiciales o administrativos no hacen parte del factor pena ni se constituyen en elemento para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena.²

Ahora bien, en punto del análisis acerca de la procedencia de los sustitutos y subrogados en casos de preacuerdos y negociaciones, la Corte ha venido entendiendo, aunque no de manera unánime, que la sentencia se profiere por el delito acordado, no por el realmente ejecutado e imputado, en consecuencia, el análisis a que se refiere la Sala debe abordarse a la luz de aquella conducta y no de ésta.

Así lo entendió, mayoritariamente esa Corporación de cierre en un asunto en que la calificación jurídica de la conducta realmente ejecutada correspondía a la autoría de porte ilegal de armas, la que como consecuencia del preacuerdo se vio degradada a complicidad, variación que se consideró por el juez de primera instancia imponiendo la pena correspondiente al cómplice y condenando bajo ese dispositivo amplificador del tipo penal, es decir, fallando en los términos acordados. No obstante, el tribunal, a pesar de confirmar el fallo, lo aclaró indicando que se condenaba al acusado en calidad de autor del reato, es decir, que los efectos del preacuerdo se entendían reflejados solo en la pena a imponer, procedimiento criticado por la Corte al considerarlo, primero violatorio del principio de Non reformatio in pejus, agregando además, en punto de la conducta a considerar frente al análisis de los sustitutos lo siguiente:

² Sentencia de Casación del 8 de julio de 2009, radicado No. 31.531.

4.1 Los juzgadores examinaron la procedencia de la prisión domiciliaria a la luz de la Ley 1709 de 2014, por considerar sus disposiciones, en concreto, las relativas al factor objetivo, más favorables. Sin embargo, para arribar a esa conclusión partieron de premisas erradas, esto es, que el marco punitivo a tener en cuenta para esos efectos, es el previsto para el autor, cuando lo correcto es observar el del cómplice.

...

4.2 Tal planteamiento se muestra incoherente frente a lo acordado por las partes en el preacuerdo, toda vez que allí no se convino una pena alternativa, como lo sugiere el ad quem, ni se estipuló un mero descuento punitivo, sino la aceptación de cargos a cambio de que se degradara la forma de participación de coautor a cómplice.³

El anterior criterio fue reiterado en la decisión, también mayoritaria, dentro del radicado 46.101⁴.

Es de advertir, que en las anteriores decisiones se presentó un salvamento de voto por parte del Magistrado Fernández Carlier, quien partiendo por diferenciar las distintas clases de preacuerdos, consideró que en todas y cada una de sus modalidades la aceptación de responsabilidad se debe realizar sobre la conducta realmente imputada y que los efectos del consenso han de reflejarse únicamente en la pena, ello, en garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Hasta aquí, queda claro que de acuerdo con la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, la suspensión condicional de la sentencia y la prisión domiciliaria pueden ser objeto de preacuerdo, aun concurriendo con la variación en la calificación de la conducta o el reconocimiento de alguna circunstancia que si bien en estricto sentido no modifica su nomen iuris si le introduce un efecto importante desde la punibilidad, como sucede con un dispositivo amplificador del tipo o el reconocimiento de una diminuyente de punibilidad, entre otros. Así mismo, es criterio mayoritario de ese Tribunal, que la procedencia de los sustitutos y subrogados debe analizarse desde la perspectiva de lo acordado y no de lo realmente imputado. El anterior se constituye en el precedente jurisprudencial sobre el tema en discusión.

El anterior criterio jurisprudencial, en principio obliga a la Sala a decidir de la misma manera, con fundamento en el concepto de doctrina probable, empero, ese deber no es absoluto, como pasa a explicarse a continuación:

³ Sentencia de casación del 24 de febrero de 2016, radicado SP 2168-2016, 45.736

⁴ Sentencia de casación del 1 de junio de 2016, SP 7100-2016, 46.101

Sobre el concepto de doctrina probable y el carácter obligatorio que se le asigna vale la pena traer a colación nuestra doctrina constitucional⁵ al analizar decisiones fundantes de la Corte Constitucional, con efectos erga omnes, como la sentencia C-836 de 2001, en la que evaluó la exequibilidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896, que se ocupa del tema que interesa.

En esa decisión la Corte, al referirse a la esencia de la doctrina contemporánea sobre el precedente judicial, realiza una clara diferenciación entre tres sistemas de manejo del precedente judicial, el primero entendido como sistema libre de jurisprudencia, el segundo como sistema absoluto y el tercero de carácter relativo. El sistema libre de jurisprudencia niega que los precedentes ya decididos tengan algún peso jurídico específico; el segundo, sistema absoluto, por el contrario, impone que todo caso análogo a uno anteriormente fallado tenga que ser decidido de idéntica manera, lo que imprimiría a la jurisprudencia un carácter inflexible, pétreo, que resulta insostenible en una sociedad moderna. Y, como suele suceder cuando se enfrentan dos posiciones o teorías absolutamente opuestas entre sí, surge una tercera ecléctica o para el caso relativa, que fue por la que se inclinó nuestra Corte Constitucional en la decisión citada atrás, de acuerdo con la cual “un precedente ya adoptado tiene un peso específico, esto es, cuenta como argumento (aunque no decisivo) para decidir en el mismo sentido y con los mismos argumentos el nuevo caso análogo que se presente al juez”⁶.

En el anterior orden de ideas, en un sistema relativo el juez tiene el deber prima facie de respetar el precedente, pero ese deber no puede entenderse absoluto o definitivo, pues en razón del principio de autonomía judicial los jueces pueden separarse de la línea jurisprudencial ya fijada si exponen motivos suficientes y razonables para ello. La carga de argumentación que pesa sobre el juez en estos casos tiene una doble connotación, la primera hace relación al deber de transparencia que lo compele a conocer y anunciar los precedentes vigentes que se oponen a la decisión que va a adoptar, ello con el fin de evitar un cambio oculto o soterrado de la jurisprudencia; y, en segundo término, tiene la carga de mostrar con claridad porqué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica

⁵En este tema se sigue el criterio expresado por el profesor López Medina Diego Eduardo, en su obra El derecho de los jueces, Ed. Universidad de los Andes y Legis, segunda edición, pags 74 y ss. .

⁶ Ob. Cit. Pag 84.

y moralmente a la anterior adoptada, para evitar un cambio caprichoso en la jurisprudencia.

Este criterio ha sido reiterado de manera insistente por la Corte Constitucional en sede de control constitucional y de tutela en términos como los que se transcriben a continuación:

5.4.3.2. En razón de la tensión aludida y con el fin de armonizar los principios constitucionales involucrados, la propia jurisprudencia constitucional que admitió el valor de precedente de la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre, ha reconocido la posibilidad de que jueces y magistrados se aparten excepcionalmente de su aplicación forzosa, previo cumplimiento estricto de determinados requisitos, mediante el apartamiento judicial, como límite de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales. Al respecto, en la sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional manifestó: (...) La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4, del precedente.

5.4.3.3. Como se dejó expresado, sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones -constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones.

5.4.3.4. Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia, es decir, satisfacer una carga dialogal con el precedente, como fundamento de la decisión discrepante. En tales casos, por la iniciativa razonada del juez, el precedente judicial puede no ser aplicado, siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento. En la citada sentencia C-634 de 2011, la Corte dijo:

15. La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del *stare decisis*.⁷

En síntesis, el juez puede separarse del precedente jurisprudencial, previa satisfacción de las exigencias reseñadas jurisprudencial y doctrinalmente

La anterior reflexión sirve de prolegómeno al fundamento de la presente decisión, en la que esta Sala mayoritaria se apartará del criterio de la Corte Suprema de Justicia en torno al punto objeto de debate y que venía acatando. Las razones son las siguientes:

La posición jurídica de la Corte pone en peligro los derechos de las víctimas. En efecto, la regulación que nuestro sistema penal de juzgamiento posee en relación con la víctima y sus derechos es absolutamente particular y detallada, a diferencia de los llamados acusatorios más representativos en los que las víctimas deben acudir a la vía civil a salvaguardar su derecho a la reparación, sin posibilidad de intervenir en la actuación penal.

En nuestro sistema penal de juzgamiento, por el contrario, la intervención de la víctima se ha ido ampliando de manera considerable por cuenta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ a punto tal que hoy, sin temor a exagerar, la víctima tiene facultades casi de parte, pues puede solicitar pruebas directamente, incluso anticipadas, interponer recursos, intervenir en audiencias de preclusión, interrogar a los testigos por vía de la Fiscalía, etc. Casi que su única limitación está representada en la imposibilidad de intervención directa en

⁷ Sentencia C-816-11.

⁸ Por solo mencionar algunas: C-454 de 2006, C343de 2007, C-209 de 2007 y C-260 de 2011.

sede del juicio oral a efectos de interrogar y contrainterrogar, pues debe hacerlo a través de la Fiscalía.

En fin, nuestro sistema, acorde con reglas internacionales, otorga una posición relevante a la víctima a fin de que sus derechos sean garantizados de manera plena. Se trata de un mandato de origen constitucional, pues el artículo 250 de la Carta en tres de sus numerales se ocupa de imponer cargas a la Fiscalía respecto de las víctimas, todo lo cual aunado al carácter oponible erga omnes de los fallos de constitucionalidad que han ampliado considerablemente su margen de acción, significa que los jueces en sus decisiones deben tomar en consideración estos derechos y decidir de conformidad, so pena de incurrir en violación a pautas superiores.

Precisamente, incluso desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional había sostenido que los derechos de las víctimas dejaron de ser eminentemente pecuniarios, para extenderlos a la búsqueda de la verdad y la justicia.

En relación con el derecho a la verdad, hay que decir que comporta el derecho a que se conozca lo realmente ocurrido, pero además a que la condena se profiera de conformidad con esa realidad, independientemente del acuerdo a que se arribe con la Fiscalía. A título de ejemplo, cuando en un específico evento se imputa homicidio simple y se acuerda reconocer el estado emocional en el agente, pacto válido, no es lo mismo que se exprese en la condena que la vida se segó por un estado de ira del autor a que fue por cuenta de un homicidio simple, pues lo primero es manifestar que el fallecido tuvo alguna responsabilidad en su propia muerte, afirmación que no corresponde a la verdad y que sin duda genera insatisfacción frente a los derechos de las víctimas. Situación diferente es que se condene por homicidio simple y se afirme reconocer la rebaja de pena que corresponde al delito emocional como consecuencia del preacuerdo. Solo de esa manera podría considerarse salvaguardados el derecho a la verdad e incluso el derecho a la justicia, pues se procede con sujeción al principio de legalidad estricta. Todo lo anterior, sin mencionar que la posibilidad de indemnización de los perjuicios se ve afectada si es que la condena se profiere con la diminuyente referida.

Lo propio puede afirmarse en punto del delito de concierto para delinquir que se juzga, pues los hechos dan cuenta de que este tenía como objeto la ejecución de delincuencias específicas, que afectaron de una manera también particular a las víctimas, de allí que la decisión debe proferirse en concordancia con esa realidad, sin perjuicio de que la pena a imponer sea la que corresponde a otra modalidad de concierto para delinquir menos grave desde la punibilidad.

En síntesis, la tesis mayoritaria de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre el punto, pone en entredicho de manera real y seria los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y, en ocasiones, a la reparación.

Ahora bien, el que los requisitos de procedencia de los subrogados y sustitutos penales deban examinarse a la luz de la calificación jurídica acordada y no la imputada, en sentir de la Sala mayoritaria desencadena el desconocimiento del principio de legalidad, en la medida en que cada vez con más frecuencia se está concediendo este tipo de beneficios en casos en que se juzgan conductas respecto de las cuales el legislador no ha expresado su intención o voluntad de hacerlos procedentes.

Más claro, el principio de legalidad impone que la procedencia de los subrogados y sustitutos penales sea examinada a la luz de la conducta realmente ejecutada.

La Corte con su posición jurídica sobre el punto, termina por desconocer su propia línea jurisprudencial. En efecto, si ha sostenido que la ejecución de la pena es un tópico que puede ser acordado, siempre y cuando no exista una voluntad inequívoca del legislador de no conceder este tipo de beneficios en razón de la naturaleza de la conducta, y, al final, por cuenta del preacuerdo se termina concediendo la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia o la prisión domiciliaria al responsable, por ejemplo, de un delito de homicidio, simple o agravado o de un concierto para delinquir agravado, delincuencias realmente ejecutadas, claramente se está desconociendo el criterio antes expuesto, sin que valga el argumento en el sentido de que la calificación se mutó, pues la realidad se impone, determinando el alcance del principio de legalidad.

Tampoco resulta válida la afirmación a que se acude en este tipo de situaciones para justificar el otorgamiento de los subrogados, en el sentido de que la conducta no está incluida en las prohibiciones del artículo 68A, pues la razón

para no estarlo es precisamente el monto de la pena imponible al delito realmente ejecutado, que hace innecesaria esa inclusión.

Los fines de los preacuerdos respecto de los acusados tienen que ver con aligerar sus penas, no modificar la realidad de sus comportamientos, ese es el fondo del asunto y desde esa perspectiva debe entenderse, de allí que la forma de evitar ese tipo de desafueros es simple, pero no por ello caprichosa o arbitraria, y consiste en entender que la sentencia debe proferirse por el delito realmente cometido. Solo de esa manera se salvaguardan los derechos de las víctimas y el principio de legalidad en los términos hasta aquí expuestos.

Resulta inaudito, por decir lo menos, que personas que han tenido azotado un sector importante de la ciudad a través de la extorsión, el tráfico de drogas y el desplazamiento forzado, sean condenadas a penas irrisorias, pero además y sobretodo, que puedan cumplirlas en libertad. Esto significa nada distinto a una invitación a seguir delinquir, ante la seguridad de que su desviado comportamiento ninguna consecuencia seria les acarreará. Sería interesante ver cómo se explica a los habitantes del barrio que ha venido soportando la acción de la banda a que pertenecen los acusados, los motivos para que estos queden en libertad y puedan continuar sometiéndolos. Esta es una de las muchas razones por las cuales la administración de justicia es uno de los organismos del Estado en el que menos creen los ciudadanos y de paso es el germen de grupos de justicia privada como los que se juzgan que imponen su ley en nuestros barrios. Sin duda decisiones de esta jaez ningún aporte representan frente al aprestigiamiento de la administración de justicia.

Pero lo anterior no es todo, hay otras consecuencias de la interpretación que apadrina la Corte Suprema de Justicia, que por extremas, admiten calificativos mucho más graves. Por ejemplo, ha habido situaciones en las que el delito acordado se encuentra prescrito por cuenta del reconocimiento de la circunstancia de marginalidad⁹; o situaciones en que, como resultado de la negociación, el delito acordado exige querrela y conciliación como requisitos de procesabilidad y por contera admite la extinción de la acción por reparación integral, como cuando se varía de dolosa a culposa la conducta, es decir, si la sentencia se profiere por el delito acordado, el juez no podría hacerlo si está

⁹ Sentencia del 1 de marzo de 2016, radicado 0500016000206201166136 Tribunal Superior de Medellín

prescrito o si la parte acusada reparó los daños, hipótesis inaceptables desde cualquier punto de vista.

En fin, como reza la sabiduría popular, la realidad supera en su alcance a la ficción y los ejemplos de la perversión del sistema irán llegando con absoluta seguridad, cada vez de mayor entidad, como para que los jueces sigamos limitándonos a avalar este tipo de consecuencias.

Finalmente, cabe preguntarse cuál es el real efecto desestabilizante del sistema o de los derechos de los intervinientes generados por la interpretación judicial que del problema jurídico se propone en esta decisión? La Sala mayoritaria no los aprecia, empero, de existir, deben ceder en un juicio de proporcionalidad que los confronte con los beneficios, tal como hasta acá se ha discurrido.

Las anteriores son razones suficientes para que la Sala mayoritaria decida apartarse del criterio decantado hasta hoy por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de entender que en casos de preacuerdos la condena debe proferirse por el delito preacordado y no por el realmente ejecutado e imputado y que la procedencia de los sustitutos debe analizarse también a la luz de la conducta acordada, ello, por considerar que tal criterio desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y eventualmente a la reparación, atenta contra el principio de legalidad y propicia decisiones que no contribuyen al aprestigiamiento de la administración de justicia.

Las anteriores son las razones para que por mayoría se decida confirmar en su integridad la decisión recurrida.

Claro está, que en forma unánime y en relación al preacuerdo con Ferney Cano Zapata, la Sala comparte su improbación, al indebidamente dejarse en un limbo jurídico lo relacionado con las otras conductas delictivas que se le han venido imputado, diferentes al Concierto para Delinquir Agravado, por lo siguiente:

Respecto a lo preacordado con CANO ZAPATA, eliminar los tipos penales de extorsión agravada, desplazamiento forzado y utilización de menores ya imputados, equivale a su exoneración o eliminación y en el sistema penal acusatorio bajo la figura del preacuerdo, en el contexto antes enunciado, esto en esas condiciones no se ha permitido, pues la institución para ello sería la

preclusión, dado que de lo contrario quedarían dichas conductas en el limbo, al ser delitos autónomos que no pueden ser degradados de la manera pactada.

Nadie discute que en la nueva sistemática acusatoria:

- La Fiscalía está facultada para variar en la acusación la imputación jurídica efectuada en audiencia preliminar, sea para adicionar o retirar cargos, o incluso para agravar o atenuar los ya imputados, pues ello se debe a la naturaleza provisional de la calificación enrostrada en la primera fase procesal¹⁰.

- Y que de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal de 2004, solo el fiscal está autorizado para realizar la “tipificación circunstanciada” de los hechos¹¹.

Pero, presuntamente en el ejercicio de las anteriores facultades el Delegado Fiscal, acorde al audio de la audiencia, manifiesta que al no contar con medio probatorio que soportara la participación de CANO ZAPATA en los punibles de extorsión agravada, desplazamiento forzado y utilización de menores, readecuaba la imputación realizada para retirarlos de la acusación, sin que ello hiciera parte de la negociación.

Es decir, que respecto de CANO ZAPATA, lo que se ha denominado como readecuación de la acusación, realizada según la Fiscalía en aplicación de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Patricia Salazar Cuéllar Magistrada ponente. SP -14842-2015. Radicación n° 43436. (Aprobado Acta n° 380). 28 de octubre de 2015, es una interpretación errónea de la misma, toda vez que si bien allí se refiere a una “Facultad unilateral de la Fiscalía para ajustar la calificación jurídica en el acta de preacuerdo”, esto es por la aplicación del principio de congruencia, siendo viable como producto de la labor investigativa adelantada, al momento de formular la acusación contando con mayores detalles sobre los hechos, eventualmente modificar dentro de unos parámetros racionales la calificación jurídica de los hechos y si bien puede hacerse en el acta de preacuerdo que equivale al escrito de acusación, dichos ajustes en el caso concreto no se tratan estrictamente de una readecuación, sino que equivalen al retiro de conductas punibles autónomas que previamente le han sido imputadas al

¹⁰ CSJ SALA DE CASACIÓN PENAL. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR Magistrada ponente. AP2424-2016. Radicación n.º 47223. (Aprobado Acta n.º 130). 20 de abril de 2016.

¹¹ CSJ SP 9853, 16 jul. 2014, rad. 40.871

encartado CANO ZAPATA, que no se subsumen en el nuevo tipo penal acordado, para pregonar como lo hace el Delegado Fiscal se trata de una readecuación, pues su actuación lo que conlleva es su claro retiro, con una somera argumentación que escapa al control del juez de conocimiento, quien en este evento en aplicación del principio de legalidad, al no estar provista tal figura en las disposiciones vigentes ni en la jurisprudencia, acertadamente, también por este aspecto imprueba el preacuerdo.

Si hablamos de adecuación, nos referimos a la tipicidad, por tanto cuando referimos el término readecuación, se quiere significar que realizada la imputación, adelantada actividades investigativas se hace necesario sobre el tipo inicialmente establecido y endilgado al encartado hacer alguna variación o precisión, esto toda vez que:

“En cuanto al componente tipicidad, la Corporación ha indicado que, de una parte, la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de la conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido de que, acorde con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales”¹².

El preacuerdo adelantado, degradando el delito por el que se presentara acusación, concierto para delinquir con fines de extorsión a concierto simple, contiene sin que forme parte de este el retiro, respecto de Ferney Cano Zapata, de las conductas de extorsión agravada, desplazamiento forzado y utilización de menores, Arts. 244, 245 y 180D del C. P., sin que los mismos se hallen dentro del nuevo tipo penal, por tanto razón le asiste al a-quo cuando llama la atención al respecto y echa de menos, según la argumentación de la Fiscalía su preclusión a realizarse en audiencia ante juez de conocimiento, enmarcada en una de las causales del artículo 332 del C. P. P., al considerar como lo prevé el artículo 331 ibídem, que no existe mérito para acusar.

Es forzado sostener la posición de la Fiscalía, anclada en la jurisprudencia citada, puesto que adelantada la investigación se archivan las diligencias o se

¹² CSJ SALA DE CASACIÓN PENAL. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO Magistrado Ponente. SP17065-2015. Radicación No. 45238. Aprobado Acta No. 437. Bogotá D.C., 10 de diciembre de 2015.

formula imputación y realizada ésta la situación fáctica tiene el carácter de vinculante para las etapas subsiguientes de la actuación, mas no el componente jurídico, el cual puede ser objeto de modificación, adición o supresión en estadios procesales posteriores (CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 27.518., reiterada en CSJ SP 931, 3 feb. 2016, rad. 43.356).

En este evento como se acaba de describir se presenta un retiro de cargos, al respecto ha indicado la jurisprudencia¹³:

*“ el fiscal es el “dueño de la acusación” y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, **nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito**, esto es, los cargos, en tanto en esa instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.*

“Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna”. (Resaltos de la cita).

Ahora, en cuanto a CANO ZAPATA, evitando probable vicio en el consentimiento al suscribir el preacuerdo sólo por la degradación de la conducta punible multialudida, previendo esté incurso en el error que el retiro de los delitos de extorsión agravada, desplazamiento forzado y utilización de menores, Arts. 244, 245 y 180D del C. P. que realizara la Fiscalía conlleva su ausencia de responsabilidad en los mismos y que se trata de cosa juzgada, ha de saber que la imputación de los mismos persiste, teniendo la Fiscalía, como quedó atrás analizado, el deber que su trámite finalice con preclusión o acusación. Por tanto también bajo este entendido, a fin de que la situación sea clarificada como es debido, la sala igualmente debe confirmar la negativa de improbar su preacuerdo.

*Por lo expuesto y por la mayoría de sus integrantes, como unánimemente en esta parte última, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín,***

RESUELVE:

¹³ CSP AP, 21 de mar. 2012, rad. 38.256.

CONFIRMAR en su integridad la decisión recurrida y proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, en la audiencia del 20 de junio de 2016.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

Por la Secretaría de la Sala se ordena remitir la actuación al Juzgado de origen para que continúe con el subsiguiente trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Con salvamento parcial de voto

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicado Nro. 2016-00378

Acusados: Lucas Pérez Toro y Ferney Cano Zapata

Esbozo con sumo respeto a la muy interesante posición de la Sala mayoritaria, las razones por las cuales estoy parcialmente en desacuerdo con lo decidido, tal como lo expuse en la ponencia inicialmente presentada, esto es que:

Siguiendo la jurisprudencia¹⁴ citada por parte de Fiscalía y el Juzgado en la audiencia de acusación, donde fue improbadado el preacuerdo, se extraen los siguientes apartes aplicables para resolver el recurso:

-El acta de preacuerdo equivale a la acusación por disposición expresa del artículo 350 de la Ley 906 de 2004 y la Fiscalía está habilitada para realizar en ese momento cambios en la calificación jurídica, que no necesariamente corresponden a beneficios para el procesado en el contexto del preacuerdo.

¹⁴ CSJ SALA DE CASACIÓN PENAL. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR Magistrada ponente. SP -14842-2015. Radicación n° 43436. (Aprobado Acta n° 380). 28 de octubre de 2015.

-Si el Juez considera que dichos cambios entrañan una evidente estrategia para conceder al acusado beneficios prohibidos por el ordenamiento jurídico, tiene la carga de sustentar debidamente sus conclusiones, tanto para cumplir el deber constitucional y legal de motivar sus decisiones como para brindarle a las partes la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

-En esos eventos el Juez debe aclarar suficientemente su decisión, precisando: 1) si está realizando un control sobre la acusación, 2) si de lo que se trata es de ejercer un control sobre los términos del preacuerdo explicitados por las partes, o si, 3) en su sentir, se está frente a evidentes maniobras orientadas a conceder beneficios inapropiados al procesado bajo la excusa de estar realizando ajustes en el ámbito de la legalidad.

Así las partes tendrán la oportunidad de controlar sus decisiones a través de los recursos, sin perjuicio de las otras vías de control consagradas en el ordenamiento jurídico.

Para la Sala nos encontramos frente a los numerales 1 y 2 y para decidir inicialmente se ha de recordar que la figura de los preacuerdos fue prevista con la finalidad de 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, por lo que la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso (art. 348 C.P. Penal).

Acuerdo, en el que el inculcado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado sancionado con pena menor, a cambio de que el fiscal: a) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, b) tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (art. 350 C.P. Penal).

Además, conforme a los incisos segundo y cuarto del art. 351 ejusdem, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, lo que obliga al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Respecto al control de la acusación que realizara el a-quo, debe decirse, que en nuestro ordenamiento jurídico es permitido preacordar la degradación de una conducta punible; o en otras palabras, acordar acusar por una conducta delictiva de menor entidad punitiva; lo que desde luego estimamos conlleva o apareja todas las consecuencias negativas o positivas legalmente relacionadas con esa acusación de menor gravedad, según lo logramos extractar de la jurisprudencia al respecto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en reciente decisión consignara la “Postura dominante de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al control judicial del allanamiento, el preacuerdo y la acusación”¹⁵, donde inserta la línea jurisprudencial que ha marcado la tendencia de la Sala de Casación Penal frente al tema, considerando:

“Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.

La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.

...

Junto con lo anotado, también como límite expreso a las facultades del Fiscal, el artículo 327, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, determina “La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permitan inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

Arribando a que:

“De lo anotado, varias conclusiones básicas surgen:

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

¹⁵ CSJ SALA DE CASACIÓN PENAL. SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 1. Eyder Patiño Cabrera. Magistrado Ponente. STP3998-2016. Radicación N° 84.886. (Aprobado acta N° 95). 31 de marzo de 2016.

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

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

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

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

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.” (Resaltos del texto en cita)

Precedentes que han sido ratificados en sede de tutela en los fallos CSJ STP, 24 sep. 2013, rad. 69478; CSJ STP, 13 nov. 2013, rad. 70392; CSJ STP, 4 dic. 2013, rad. 70.712, CSJ STP, 27 feb. 2014, rad. 72092 y CSJ STP, 10 mar. 2016, rad. 84761, al interior de los cuales se concedió la protección del derecho fundamental al debido proceso, al constatarse la injerencia indebida del juez en las funciones propias del fiscal¹⁶.

La degradación de la conducta punitiva es algo permitido a la Fiscalía en aras de la terminación pronta de un proceso, y sin que se afecten los valores de justicia, verdad y reparación, como acontece en el presente caso; es decir, que nada impide legal y constitucionalmente el que se acuerde la degradación de la conducta llevada a cabo en esta actuación penal entre las partes. Y más aún, cuando como bien lo argumentan los recurrentes, los elementos materiales probatorios permiten inferir o corroborar la materialidad de esta nueva acusación y la responsabilidad en la misma de los inculcados.

¹⁶ *Ibidem*.

De manera entonces, que al ser la Fiscalía la titular de la acusación, no le es dado al juez de conocimiento usurpar tal prerrogativa; y menos aún, cuando esa degradación de la conducta punible cuenta con respaldo en los elementos materiales puestos de presente en la actuación penal junto con la nueva acusación, que permite inferir razonablemente que se está frente a un problema de degradación de la conducta típica, no de creación de tipos penales, y que la conducta degradada guarda estrecha relación en el contexto de lo sucedido y acreditado, así como con el hecho punible inicialmente objeto de la acusación.

Tal como se infiere de la línea jurisprudencial citada, preacordado por las partes la eliminación de una causal específica de agravación punitiva, el reconocimiento de una circunstancia que implique la atenuación punitiva o del juicio de reproche – artículo 56, 57, etc., cambio de la conducta delictiva objeto de la acusación por una de menor gravedad, degradación en el grado de participación –por ejemplo de autor a cómplice, esto conlleva a que la sentencia condenatoria se emita en los términos pactados, puesto que lo preacordado hace las veces de acusación; en otras palabras, los términos de lo acordado, en caso de no afectarse garantías fundamentales, deben ser acogidos o respetados por los funcionarios judiciales, y como consecuencia de los mismos deben imponerse las penas respectivas, a la vez que concederse los derechos al acusado que se correspondan con la conducta delictiva por la que se le condena y que permitan las penas impuestas o establecidas en abstracto por el legislador para esa conducta punible.

*De manera entonces, que si a los acusados se le va condenar es por un delito de concierto para delinquir (artículo 340 inciso 1º C. P.), por el cual, según lo dispuesto en el artículo 63 del C. penal (modificado por la ley 1709/14), es viable la concesión del subrogado cuestionado, nada impide legalmente pactarla, puesto que al no estar prohibida su concesión para el delito materia de la sentencia condenatoria, no se presenta ninguna violación del principio de legalidad y debido proceso, y por ende no se trata de la concesión de un doble beneficio; más aún, cuando en caso de ello no haberse pactado, correspondía al Juez de conocimiento conceder **tal derecho, no beneficio.***

En fin, que respecto del preacuerdo celebrado por la Fiscalía con LUCAS PÉREZ TORO, y desde luego teniendo en cuenta que a éste inculcado, a diferencia de CANO ZAPATA, sólo se le venía imputando el delito de Concierto para delinquir agravado, contrario a lo concluido por la Sala mayoritaria, el Juez de conocimiento

debió aceptarlo, puesto que con su negativa se ha apartado de la filosofía que orienta el sistema acusatorio, en cuanto invade las funciones atribuidas a dicho Ente como titular de la acción penal, desconociendo sus términos como un acto de partes, atendiendo que al hacer el acuerdo las veces de la acusación y no desbordar el mismo el principio de legalidad como venimos de ver, le degrada válidamente el tipo penal, acordando además la concesión del subrogado al no existir prohibición legal alguna (artículo 68 A del C. penal) para el delito por el cual se va a condenar.

Es el delito por el que se condena al acusado, el que sirve de fundamento para las consecuencias jurídicas que le previó el legislador, tanto en la imposición de la pena, como en su ejecución, siempre y cuando no deban tenerse en cuenta otras exigencias objetivas, subjetivas o valorativas, como por ejemplo, al margen de una prohibición expresa, que no sea procedente la concesión de un subrogado por tenerse antecedentes penales por la comisión de delitos dolosos, etc.

Avalar que el juez a-quo imponga su criterio sobre la potestad que tiene la Fiscalía de calificar la conducta punible degradándola, conlleva a que el mismo se aparte del principio de imparcialidad que gobierna su actuación y usurpe funciones que constitucional y legalmente no se le atribuyen.

En consecuencia, como jurídicamente es viable la degradación de la conducta punible y la concesión del subrogado, nada impide que ello se hubiese consignado y pactado en un preacuerdo; y por ser el subrogado un derecho para el condenado, no se torna, en tema de la justicia premial en otro beneficio concedido al acusado sino en el ejercicio de un derecho. De ahí que respecto de PÉREZ TORO se debe imponer la revocatoria de la decisión de improbación del preacuerdo proferida por el a-quo en la providencia impugnada, para en su lugar emitirse decisión aprobatoria, debiendo la primera instancia continuar con el trámite de esta actuación penal para él.

No debe perderse de vista además, que los preacuerdos se hacen para emitirse una sentencia condenatoria por el delito acordado, más nunca para hacer viable la prescripción o extinción de la acción penal, como se dice puede suceder en algunos casos en que el delito finalmente acordado así lo permita; dado que de presentarse esas situaciones, el acuerdo sería ilegal, en cuanto no propicia la terminación anticipada del conflicto con una sentencia condenatoria, y por ende

*Radicación: 05001-60-00000-2016-00378
Acusados: Lucas Pérez Toro y Ferney Cano Zapata
Delito: Concierto para delinquir agravado*

ahí sí, se impone la improbación de tales preacuerdos que conlleven la impunidad por la conducta delictiva cometida.

De esta manera, dejo consignada mi inconformidad con lo decidido.

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado