El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 27 de septiembre de 2017

Proceso: Penal – Confirma desaprobación de preacuerdo entre la Fiscalía y la defensa

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2013 00736 01

Procesado: ANDRÉS MAURICIO CARDONA MARÍN

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema:**  **DESAPROBACIÓN DE PREACUERDO CELEBRADO ENTRE LA FISCALÍA Y LA DEFENSA.** [N]o era posible que en el caso *sub lite,* la delegada de la FGN pactara dos situaciones adicionales a la disminución de pena derivada del artículo 27 del C.P., al cambiar la *imputatio iuris* de delito consumado a tentado a lo cual se agregó: i) que se partiría del mínimo de pena previsto para la conducta, lo cual dejaba maniatado al juez de conocimiento para hacer el examen de la gravedad de la conducta atribuida al procesado, como lo ordena el inciso 3º del artículo 61 del C.P. lo cual resultaba más relevante en el caso *sub examen* en atención a la cantidad de droga incautada y el hecho de que iba dirigida al exterior; y ii) que se conviniera una a disminución de la pena mínima en un 50% que fue fijada en 24 meses en el preacuerdo , lo que vulneró el segundo inciso del artículo 351 del CPP según el cual: *“Si hubiere un cambio favorable para el imputado en relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.”.*  Finalmente resulta oportuno establecer que en los preacuerdos se deben respetar los hechos, los cuales se tornan inmutables, y en el asunto puesto en consideración de la Sala al modificarse la calificación jurídica por otro verbo rector, se mutaron los sucesos, lo cual le está vedado al ente acusador, máxime si el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es un reato compuesto, alternativo y acumulativo. Con base en las razones expuestas, se concluye que le asistió razón al funcionario de primer grado al improbar el preacuerdo, celebrado entre la delegada de la FGN y el señor Andrés Mauricio Cardona Marín, en los términos ya mencionados, por lo cual se confirmará la decisión recurrida.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1009 del veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 9:04 a.m.

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Procede la Sala a resolver lo concerniente con el recurso de apelación interpuesto el defensor del señor Andrés Mauricio Cardona Marín en contra de la decisión del 15 de julio de 2014 mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira improbó el preacuerdo suscrito por el acusado y la FGN.

**2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO.**

2.1 En la audiencia que se celebró el 24 de agosto de 2017, para efectos de verificar la legalidad del preacuerdo celebrado entre la delegada de la FGN y el procesado Andrés Mauricio Cardona Marín, se presentaron las siguientes actuaciones relevantes:

2.1.1 El delegado de la FGN que compareció a ese acto manifestó que había asumido recientemente el caso y que no estaba de acuerdo con el juicio de adecuación típica que había hecho su antecesora, ya que en su criterio no era posible aplicar el dispositivo amplificador del tipo de tentativa al delito atribuido al procesado, por lo cual no tenía interés sostener el preacuerdo presentado, donde se pactó que el acusado aceptaba cargos por la violación del artículo 376 del C.P. en la modalidad de “*sacar del país*”, con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 3º de esa disposición, con la salvedad de que ese delito sería imputado bajo la fórmula del *conatus,* prevista en el artículo 27 del C.P.[[1]](#footnote-1) En consecuencia propuso que se tomara la pena para el delito en modalidad consumada y que a cambio de su aceptación de responsabilidad, le ofrecía al incriminado una rebaja del 50%.

2.1.2 El defensor del acusado manifestó que el delegado de la FGN debía respetar el preacuerdo ya suscrito pese a la oposición del nuevo fiscal, pues ese pacto procesal se hizo con la FGN como institución y no con la funcionaria que avaló esa convención.

Manifestó además que el nuevo delegado de la FGN, tenía la carga de demostrar los fundamentos probatorios de su retractación y que en este caso ya se había radicado el escrito de acusación, con base en el preacuerdo antes mencionado, por lo cual no se podía sorprender al defensor y al procesado con el cambio de posición de la FGN.

Igualmente expuso que la imputación del delito bajo la fórmula de tentativa no hizo parte del preacuerdo, sino que correspondió al juicio de adecuación típica que en su momento hizo la FGN, en ejercicio de sus facultades.

**3. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.**

3.1 El juez de conocimiento no aprobó el preacuerdo en mención, con base en la siguiente argumentación:

* El despacho solo recibió el acta de preacuerdo, más no un escrito de acusación.
* En este caso no se presentó una “retractación”, como lo afirma la defensa ya que no hubo un allanamiento a cargos.
* Si bien es cierto que la FGN puede efectuar el juicio de tipicidad de las conductas punibles, tal facultad no es omnímoda y en este caso en el preacuerdo la fiscal que conoció inicialmente del caso, modificó el verbo rector que era “transportar” estupefacientes, por el de “sacar sustancias estupefacientes del país” en modalidad de tentativa, lo que implicó un cambio en la inflexión verbal de la conducta, dirigido a rebajar su penalidad, valiéndose del artificio de adecuar el acto a la fórmula de un *conatus.*
* Ese juicio sobre la conducta atribuida al acusado, vulnera los principios de legalidad y de tipicidad.
* Además se pactó que se partiría del mínimo de pena, sin tener en cuenta la cantidad de droga incautada y se le hizo una rebaja adicional del 50% de la pena, que fue fijada en 24 meses de prisión y multa de 375 SMLMV, lo que generó una indebida acumulación de beneficios en favor del procesado.

3.2 La decisión fue apelada por el defensor del señor Cardona Marín.

**4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

4.1 DEFENSOR (Recurrente)

Solicitó la revocatoria de la decisión de primer grado, con base en la siguiente argumentación:

* En el preacuerdo no se degradó la conducta punible atribuida al acusado para reducir su pena, ya que lo real fue que la FGN tipificó su conducta en el artículo 376 del C.P. bajo la inflexión “sacar del país”, como delito tentado, lo cual no fue objeto de negociación con la defensa.
* El único beneficio que obtuvo el procesado fue la rebaja del 50% de la pena, a la cual tenía derecho por su aceptación de cargos.
* No hubo una indebida acumulación de beneficios en favor del procesado, con base en el preacuerdo en mención que se ajustó a la legalidad y que se hizo con la FGN como institución.
* Al improbar el preacuerdo el juez de conocimiento vulneró el debido proceso, ya que la convención celebrada no afectaba el principio de legalidad.
* La posición predominante de la SP de la CSJ, es que salvo el caso que se viole groseramente el principio de legalidad, el juez de conocimiento no puede interferir en los preacuerdos como se dijo en CSJ SP del 6 de febrero de 2013, radicado 39892, donde se señaló que la adecuación típica del hecho era un acto de parte del ente acusador.
* El *nomen iusris* de la imputación le corresponde a la FGN, por lo cual el juez no puede discutir el juicio de subsunción que ese ente realice, como se dijo en CSJ SP, radicado 27218 de mayo de 2007.
* En este caso ese juicio de adecuación típica lo hizo la delegada de la FGN y no provino de un preacuerdo y sobre esa base fue que se hizo la oferta a la defensa para celebrar el pacto procesal. Citó igualmente el radicado 41375 de agosto de 2013, concluyendo que el control material de la acusación por el juez era incompatible con el papel imparcial del juez en el sistema acusatorio.

4.2 DELEGADO FGN (No recurrente)

* En este caso se presentó un error muy significativo por parte de la fiscal que intervino en el preacuerdo, ya que la conducta atribuida al acusado es un tipo de mera conducta, que por ende no admite la fórmula de tentativa.
* Por lo tanto no resultaba procedente variar la imputación en la forma en que lo hizo la Fiscal anterior, ya que en este caso el verbo rector atribuido al acusado era “transportar” la sustancia controlada que iba dirigida a España.
* En el presente asunto se degradó la conducta a un delito tentado pese a que se trataba de un delito consumado y además se hicieron rebajas adicionales al procesado, como partir del mínimo de pena y tasar la sanción en 24 meses de prisión sin tener en cuenta la cantidad de la sustancia incautada, fuera de que no se había establecido el peso neto del material decomisado.
* Lo anterior obligaba a que se hiciera un control material sobre el preacuerdo mencionado, en salvaguarda del principio de legalidad.
* Pide que se confirme la decisión recurrida, a efectos de que se pueda reformular el preacuerdo en mención.

4.3 DELEGADA MINISTERIO PUBLICO (No recurrente)

* Pide que se confirme la decisión de primer grado, ya que en el preacuerdo se presentó un notorio error en el juicio de adecuación típica ya mencionado, fuera de que existió una acumulación de beneficios ilegal, ya que el artículo 376 del CP tiene varios verbos rectores entre ellos “sacar del país”, que fue la conducta realizada por el acusado sobre una droga que pesó 421.4 gramos de cocaína, cuyo peso puede ser mayor una vez se haga la prueba técnica correspondiente, ya que iba mezclada con otra sustancia y el preacuerdo, implica una pena menor que favorece de manera ilegal al acusado, máxime si se trataba de droga que iba a dirigida a una población vulnerable del país a donde iba a ser enviada.

**5. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

5.1 Esta Sala es competente para conocer del presente recurso, en atención a lo dispuesto en el artículo 34-1 del CPP.

5.2 Problema jurídico a resolver

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la presente decisión se contrae a resolver el grado de acierto de la decisión del juez 3o penal del circuito de Pereira, quien no aprobó el preacuerdo celebrado entre la FGN y la defensa, sobre el cual se hacen las siguientes referencias:

5.2.1 El 10 de febrero de 2013 unos integrantes de la Policía Nacional, que cumplían sus labores ordinarias de inspección en el aeropuerto local, descubrieron una bolsa con logos dela empresa “UPS EXPRESSS DEVENLOPE”, con guía aérea 000014774981 de la empresa DEPRISA, donde aparecía como remitente Andrés Mauricio Cardona Marín y destinatario Alberto Díaz Gutiérrez, calle “Calvario” 15 Piso 1-C, ciudad Getafe (España).

En esa encomienda había un sobre de manila con 45 hojas impresas, impregnadas con una sustancia que daba muestras de ser estupefaciente, que resultó ser positiva para cocaína[[2]](#footnote-2) Con el dictamen respectivo se confirmó que se trataba de ese tipo de sustancia que tuvo un peso bruto de 421.4 gramos y que no se pudo establecer su peso neto debido a que la sustancia estaba impregnada.[[3]](#footnote-3)

5.2.2 El 30 de julio de 2013 se realizó la audiencia preliminar, donde se le formularon cargos al procesado por violación del artículo 376 del C.P. en la modalidad de “transportar”, con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 3º de esa disposición, que contempla una pena de 96 a 144 meses de prisión. El imputado no aceptó los cargos [[4]](#footnote-4)

5.2.3 El contexto fáctico del acta de preacuerdo[[5]](#footnote-5)es el siguiente:

“*El 10 de febrero de 2013, siendo las 17:20 horas el funcionario de policía WILMER MESTRE ROMERO, se encontraba de servicio de control antinarcóticos a correo en la bodega Deprisa A Internacional No. 1 ubicada en el Aeropuerto Matecaña de Pereira, cuando realizó inspección física a una bolsa de color blanco, rojo y negro, con logos de la empresa UPS "Exprés envelope" con la guía aérea No. 000014774981 de la empresa DEPRISA, remitente Andrés Mauricio Cardona Marín, identificado con la CC 1088256833, quien aportó la dirección carrera 11 No. 20-26, tel. 3212538595 y destinatario Alberto Díaz Gutiérrez residente en Calvario No. 15 piso 1- C, ciudad GETAFE de ESPAÑA.*

*En su interior se encontró un sobre de manila color amarillo con 45 hojas de papel blanco impresas como documentos, los que aprecian alterados en su textura, impregnados con una sustancia de olor fuerte con características similares a estupefaciente, sustancia identificada como cocaína y sus derivada y con un peso bruto de 421.4 gramos, encontrándose en proceso en el laboratorio la extracción de la sustancia con el fin de obtener el peso neto.*

*Se estableció mediante cotejo dactilar que efectivamente ANDRÉS MAURICIO CARDON MARIN fue quien entregó la encomienda y firmó la carta de responsabilidad, además de alterar los datos de su dirección, consignados en la guía.*

5.2.4 En el mismo documento se menciona que el 20 de julio de 2013, se formuló imputación al señor Cardona Marín, por la conducta punible de “TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE, descrita en el artículo 376, inciso 3º del C.P. (Modificado Art. 19 de la Ley 1453/11), bajo el verbo rector “transportar”, cargo que no aceptó el procesado.

5.3 En lo que atañe a los términos del preacuerdo celebrado se manifestó lo siguiente:

* El procesado aceptaba cargos por la violación del artículo 376 del C.P. con la pena prevista en el inciso 3º de esa disposición.
* Se modificó la inflexión verbal contenida en la acusación, por la de “*Sacar del país”,* en grado de tentativa, *“*para lo cual se adujo que a que el transporte de la droga lo iba a hacer una empresa dedicada a esa actividad y no directamente el procesado.
* Al aplicar al caso el dispositivo del artículo 27 del C.P. se fijaría la pena partiendo de los mínimos previstos en la ley.
* En consecuencia a la pena a imponer (que no fue fijada en el acta de preacuerdo), se le haría una rebaja del 50% siendo establecida definitivamente en 24 meses de prisión y multa de 375 SMLMV,

5.4 En atención a las consideraciones del juez de conocimiento para improbar el citado preacuerdo, hay que mencionar inicialmente que de acuerdo al contexto fáctico de la imputación, la conducta del señor Cardona se adecuaba a la inflexión verbal “transportar “que constituye uno de los componentes descriptivos del artículo 376 del C.P., que es un tipo de conducta alternativo.

Sin embargo y para efectos del preacuerdo celebrado se entiende que la delegada de la FGN optó por cambiar la inflexión verbal “transportar”, formulada en la audiencia preliminar por la de “*sacar del país”,* que fue degradada a la forma de delito imperfecto o *conatus,* lo que tenía notoria incidencia en la pena a imponer que de acuerdo al primer inciso del artículo 27 del C.P., no podía ser menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las 3/4 partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada (artículo 376, inciso 3º C.P.), ya que la cocaína decomisada tuvo un peso que excedió de 100 gramos, lo que indicaba que en este caso la pena corporal oscilaría entre 48 y 108 meses de prisión, debiendo hacerse el respectivo porcentaje de disminución para la pena de multa acompañante .

5.5 Ahora bien, se debe tener en cuenta que por tratarse de un delito que no modifica el mundo externo, el 376 del C.P. es un tipo de mera conducta y no de resultado, por lo cual no es posible atribuirlo bajo el dispositivo extensivo de tentativa, previsto en el artículo 27 del C.P.

5.5.1 Sobre el tema se ha expuesto lo siguiente en CSJ SP del 13 de mayo de 2009, radicado 31362, donde se definieron las conductas punibles relacionadas con la fabricación, tráfico y porte de estupefacientes como delitos de conducta, así:

“(...)

*“... Tradicionalmente, se ha entendido que los tipos de resultado son aquellos en los que se exige de manera expresa o tácita que la conducta del sujeto agente produzca cierto efecto en el mundo exterior[[6]](#footnote-6). Por ejemplo, en el delito de homicidio, no sólo se exige un comportamiento que sea riesgoso para la vida, sino que también se haya ocasionado la muerte de determinada persona. En cambio, los llamados delitos de mera conducta serían los que describen como punible la acción realizada, sin importar que ésta produzca o no consecuencias[[7]](#footnote-7). Por ejemplo, con el solo hecho de que una persona lleve consigo cinco kilos de cocaína, el legislador entiende que se han afectado los bienes jurídicos que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes pretende proteger.”*

5.5.2 Esta Sala ya había fijado su criterio sobre ese tema en lo relativo a la realización de ciertos comportamientos que preceden a algunas de las inflexiones verbales del artículo 376 del C.P., con referencia específica a la discusión sobre la posibilidad de reconocer la “tentativa de suministro” de drogas en local carcelario, que *mutatis mutandis* resultan aplicables al caso en estudio.

En ese sentido en decisión del 21 de marzo de 2007, en proceso seguido contra Danny o Daniel y José Didier Bernal Rodas, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque se dijo lo siguiente:

“(...)

*Surge el interrogante entonces, de si en el proceder de XXX se debe condenar por el delito consumado de “adquirir”, por el consumado de “llevar consigo”, o por la “tentativa de suministro” en el Centro Carcelario.*

*El caso es complejo, pues existen dos situaciones relevantes a tener en cuenta: 1. El adquirir el material alucinógeno en este caso concreto, y el llevar consigo, eran actos medios de inevitable ejecución, es decir, que para poder suministrar la droga a ese interno necesariamente tenía que ser adquirida y portada. El suministrar, por el contrario, era el acto fin que estaba en la mente del acusado y que finalmente no pudo realizar por razones ajenas a su voluntad, 2. Entre la adquisición, la preparación para su camuflaje, su transporte, y el intento de suministro, aparentemente no hubo solución de continuidad.*

*Se trató por tanto de una cadena consecutiva de actos hacia un único fin: EL SUMINISTRO, que sería el llamado a concretarse en la modalidad de TENTATIVA. Y se dice delito imperfecto porque se dio un comienzo de ejecución a través de medios idóneos e inequívocamente dirigidos hacia ese resultado, tal y como, mutatis mutandis, se pregona de quien penetra en habitación ajena y es sorprendido antes de lograr extraer los bienes de la órbita de protección de su dueño; en cuyo evento, se hablaría de una tentativa de hurto sin descartar por ello la circunstancia de calificación por la violación del domicilio.*

*Lo dicho hasta aquí, daría pie para acoger la tentadora teoría del delito imperfecto en tratándose del narcotráfico y en particular de la jurisprudencia que concluía la tentativa de suministro por el ingreso de droga al centro carcelario (nos referimos a la de Julio 13 de 1982); pero, un análisis lógico más detenido y en relación con lo que atañe a la punibilidad, nos obliga a acatar en todo su rigor la posición mayoritaria contenida en la Sentencia de diciembre once (11) de 1990 -ya transcrita- para evitar incurrir en un absurdo de marcadas proporciones. Se explica:*

*Es desde todo punto de vista más grave el llevar consigo con fines de expendio o suministro, que el llevar consigo, por ejemplo, para el mero consumo personal. De allí que la pena para quien intenta suministrar en centro carcelario (tentativa de suministro + agravante específico del art. 384 C.P.), debería ser más grave que la establecida para quien sólo “lleva consigo” -art.376 C.P.- sin ningún otro plus de intencionalidad; sin embargo, no es así en la práctica, pues contrario a toda lógica, y por la forma en que están redactados estos dispositivos, la pena más grave es para quien simplemente “adquiere” o “lleva consigo”. Así las cosas, no se puede dar lugar al despropósito de punir más benévolamente a quien con su obrar recorrió varios verbos rectores de este tipo penal compuesto alternativo (adquirir + llevar consigo + intento de suministro) y además lo hizo “en centro carcelario”, que quien sólo incurre en uno de ellos (adquirir o llevar consigo).*

*Es una razón de peso que nos lleva a concluir que es necesario hacer el cargo por la acción de “llevar consigo” -por sí o por interpuesta persona- (como figura consumada), adicionándolo por el hecho de haberse llevado a cabo “en Centro Carcelario”, y en tan particulares condiciones, no se puede acoger la modalidad de tentativa que en respetado criterio planteó el señor Fiscal recurrente.*

*En síntesis, el cargo integral que debe ser planteado al señor XXX al momento del acogimiento a sentencia anticipada, deberá ser como autor del delito tipificado en el art. 376 del Código Penal en la modalidad de llevar consigo, con la circunstancia de agravación específica por haberse llevado a cabo la conducta “en establecimiento Carcelario” al tenor de lo dispuesto en el art. 384 de la misma codificación[[8]](#footnote-8). En ese sentido se avala lo dispuesto en la providencia objeto de revisión.*

*Siguiendo ahora esa misma línea de pensamiento, podemos sostener que en una ponderación de política criminal, no resulta atinado afirmar que la pena debe ser menor para quien simplemente conserva estupefaciente, que cuando además de conservar su finalidad es el expendio. Y la ilogicidad del planteamiento se aprecia evidente, si pensamos en la hipótesis en que la señora Fiscal hubiese abandonado toda pretensión acusatoria por el verbo rector VENDER, dejando única y exclusivamente vigente el conservar o el almanecenar; pues, en ese caso, irónicamente, todos tendríamos que concluir que el delito sería consumado y no en grado de tentativa, con lo cual, se quedaría sin piso el esfuerzo argumentativo del señor apoderado...”*

5.6 Siguiendo el anterior criterio, debe quedar claro que en este caso el procesado al menos transportó, o llevó consigo o adquirió la cocaína que iba a enviar hacia el exterior, por lo cual al haber realizado una de esas conductas, se entiende consumada la violación del artículo 376 del C.P, que es un delito de *hipótesis fungible ,* por lo cual al adelantarse alguna de las 12 conductas comprendidas en la parte descriptiva de esa norma se actualiza la vulneración de esa norma de prohibición, ya que se entiende que si la guía de envío del paquete que contenía la droga que iba hacia España estaba a nombre del señor Cardona, éste tuvo que ser la persona que llevó el estupefaciente hasta el aeropuerto local, por lo cual era posible subsumir ese acto en el verbo rector “transportar” (como se hizo correctamente en la audiencia preliminar), conducta que se consumó en Colombia, y no acudir al precario argumento de afirmar que la droga iba a ser llevada fuera de nuestra patria en una aeronave, para justificar el cambio en la imputación jurídica bajo la fórmula de una tentativa de “sacar del país” sustancia estupefaciente, lo cual no era posible ya que se entiende que para el momento en que se descubrió el alijo, ya se había consumado la conducta de llevar la cocaína al aeropuerto, que se entiende como el delito medio, máxime si se trataba de un delito de mera conducta, donde no existe un nexo causal entre conducta y resultado, por lo cual no admite la forma imperfecta de tentativa según el precedente citado de la SP de la CSJ.

5.7. Sobre el tema hay que manifestar que en sentencia CSJ SP del 24 de febrero de 2016, radicado 45736 se dijo lo siguiente:

“(…)

*“… Es cierto que en los preacuerdos los delegados de la Fiscalía General de la Nación están inhabilitados para crear tipos penales y para calificar jurídicamente los hechos de manera contraria a la ley penal preexistente, dado el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional en CC C-1260/05, pero sí están facultados para que, en aras de sacar avante las negociaciones, adecuen la conducta en una descripción típica relacionada, que comporte una pena menor, siempre que las circunstancias fácticas no sean alteradas.*

*La Ley 906 de 2004 otorgó a dicho ente una amplia facultad dispositiva en materia de mecanismos de terminación extraordinaria de los procesos. Concretamente, en lo que toca con los acuerdos, la Corte reconoció sus atribuciones así en CSJ SP, 20 nov. 2013, rad. 41570:*

*En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser preacordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de manera escueta que se trata de convenir lo que “implique la terminación del proceso”; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán “los hechos imputados y sus consecuencias”[[9]](#footnote-9)sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.*

*Respecto de este tópico la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas:*

*“el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”[[10]](#footnote-10)(Subrayas por fuera del texto original).*

*(…)*

*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 sicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado. (Subrayas fuera del texto).*

*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.* (Subrayas fuera del texto original)

*Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política.*

(…)

*Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste- una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del parágrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal.”*

5.8 En el caso *sub lite* se puede concluir que el acuerdo versó *“sobre los hechos imputados y sus consecuencias”,* en los términos del inciso 2º del artículo 351 del CPP, ya que se pactó que el señor Cardona aceptaba cargos por la conducta de “sacar del país” sustancia estupefaciente que tuvo un peso superior a 100 gramos, pero como un delito imperfecto y para ello se modificó la imputación que se le había hecho en la audiencia preliminar por “transportar” esa cantidad de estupefacientes, como delito consumado.

5.9 Ya se expuso que esa nueva forma de tipificar la conducta resultó ser totalmente ajena a la consideración pacífica de que en esa clase de delitos no hay nexo causal entre conducta y resultado, por lo cual no se pueden imputar bajo la fórmula del *conatus,* por lo cual la nueva calificación jurídica que hizo la FGN, resultaba contraria al contexto fáctico del caso y la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, citada en el apartado 6.5.1 de esta decisión

5.10 Sobre el tema hay que anotar que en CSJ SP del 24 de febrero de 2016, radicado 45736, se dijo que en atención a lo dispuesto en la sentencia C-1260 de 2005, los delegados de la FGN estaban facultados: *“para que en aras de sacar avante las negociaciones, adecuen la conducta en una descripción típica relacionada que comporte una pena menor, siempre que las circunstancias fácticas no sean alteradas”.* (Subrayas fuera del texto original).

5.11 Y precisamente esa consideración es la que viene a determinar el norte de la presente decisión, ya que al presentarse un delito medio consumado, como el transporte de la droga al aeropuerto local por parte del procesado, la modificación de la inflexión verbal a la de “sacar del país” sustancias controladas, que se atribuyó al señor Cardona, por ser el remitente de la droga descubierta (entendida como delito fin) significó una modificación de la narrativa del mismo texto del precuerdo celebrado entre la FGN y el procesado con efectos en la pena, que aun de aceptarse, pese a su insuficiencia dogmática tendría que entenderse como la única contraprestación que se le podría reconocer al incriminado por su conformidad con el cargo, que en este caso estaría basada en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 350 del CPP, como se ha dicho en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ así:

“(…)

*Ahora, en relación con el tema específico en discusión y de conformidad con la narración esgrimida por el señor fiscal, se tiene que en las decisiones adoptadas por la H. Corte Suprema de Justicia y relativas a la concesión de beneficios similares al que acá es materia de discusión, se ha dicho:*

*También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que:*

*"Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».*

*(...)*

*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 sicológicos 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.*

*Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política.*

*Y es que el consenso es un componente esencial de la administración de justicia, tal como lo consideró la Corte en sentencia del 25 de agosto del 2005 dentro del radicado 21954, entre otras, al afirmar que el sistema contenido en la Ley 906 de 2004 está:*

*“Diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.*

*Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera «anormal», es decir, a través de la «terminación anticipada», procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema, conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía”.” [[11]](#footnote-11)*

*Con posterioridad la misma Alta Corporación retomó el tema de los preacuerdos y al respecto expresó:*

*“Según el artículo 350 del C.P.P./2004, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los “términos de la imputación”. En tal virtud, es posible que el órgano acusador (i) elimine alguna causal de agravación punitiva o un cargo específico, y (ii) tipifique la conducta de una manera que genere disminución de la punibilidad[[12]](#footnote-12). Por su parte, el artículo 351 ibídem prevé que el acuerdo puede versar sobre “los hechos imputados y sus consecuencias”. Por último, esa misma norma, al igual que los artículos 352 y 370 procesales, destacan que se puede convenir la rebaja de un porcentaje de la pena imponible pudiendo, inclusive, llegar a individualizar esta última.*

*En ese contexto normativo, es claro que el objeto de los acuerdos –o preacuerdos[[13]](#footnote-13)- que pueden celebrar las partes con el propósito de terminar anticipadamente el proceso, es la disminución de la pena legal aplicable a cambio de la renuncia del procesado (imputado o acusado) a los derechos contemplados en los literales b) y k) del artículo 8 del C.P.P./2004, es decir, a no autoincriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado y con inmediación probatoria. Ahora bien, esas prestaciones mutuas deben respetar las siguientes condiciones básicas:*

*1. La concesión de la fiscalía[[14]](#footnote-14) debe limitarse a los porcentajes máximos de descuento de pena previstos en los artículos 351 y 352 del C.P.P./2004, si es que el acuerdo en ello consiste. O, en caso de acudir a una modalidad negocial diferente, ésta debe fundarse en el reconocimiento de una de las circunstancias reductoras de punibilidad expresamente consagradas en la ley …”*

5.12 En consecuencia se entiende que no era posible que en el caso *sub lite,* la delegada de la FGN pactara dos situaciones adicionales a la disminución de pena derivada del artículo 27 del C.P., al cambiar la *imputatio iuris* de delito consumado a tentado a lo cual se agregó: i) que se partiría del mínimo de pena previsto para la conducta, lo cual dejaba maniatado al juez de conocimiento para hacer el examen de la gravedad de la conducta atribuida al procesado, como lo ordena el inciso 3º del artículo 61 del C.P. lo cual resultaba más relevante en el caso *sub examen* en atención a la cantidad de droga incautada y el hecho de que iba dirigida al exterior; y ii) que se conviniera una a disminución de la pena mínima en un 50% que fue fijada en 24 meses en el preacuerdo , lo que vulneró el segundo inciso del artículo 351 del CPP según el cual: *“Si hubiere un cambio favorable para el imputado en relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.”.*

5.13 Finalmente resulta oportuno establecer que en los preacuerdos se deben respetar los hechos, los cuales se tornan inmutables, y en el asunto puesto en consideración de la Sala al modificarse la calificación jurídica por otro verbo rector, se mutaron los sucesos, lo cual le está vedado al ente acusador, máxime si el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es un reato compuesto, alternativo y acumulativo.

5.14 Con base en las razones expuestas, se concluye que le asistió razón al funcionario de primer grado al improbar el preacuerdo, celebrado entre la delegada de la FGN y el señor Andrés Mauricio Cardona Marín, en los términos ya mencionados, por lo cual se confirmará la decisión recurrida.

Por lo expuesto la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto del presente recurso, en lo que fue materia de impugnación. En consecuencia, se ordena devolver el expediente a la FGN para lo de su cargo.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Ver acta de preacuerdo C.1 Folios 70 a 71 [↑](#footnote-ref-1)
2. C.P. Folios 2 a 10 [↑](#footnote-ref-2)
3. C.P. Folio 11 fte y vto [↑](#footnote-ref-3)
4. C.P. Folio 51 [↑](#footnote-ref-4)
5. C.P. Folios 70 a 72 [↑](#footnote-ref-5)
6. Cf. Reyes Echandía, Alfonso, Derecho penal. Parte general, Temis, Bogotá, 1987, p. 115. En el mismo sentido, Mezger, Op. cit., p. 102. [↑](#footnote-ref-6)
7. Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., p. 116. [↑](#footnote-ref-7)
8. Para la tasación de la pena se debe tener presente el contenido de la sentencia C-1080 de 2002. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artículo 351 de la Ley 906 de 2004. [↑](#footnote-ref-9)
10. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 14 de diciembre de 2005, radicación No. 21347; sentencia del 10 de mayo de 2006, radicación No. 25389, entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ SP, 20 nov. 2013, Rad. 41570. [↑](#footnote-ref-11)
12. En sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005, se declaró exequible esta posibilidad en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esa facultad, no puede crear tipos penales y de que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. [↑](#footnote-ref-12)
13. Son términos que el legislador utiliza indistintamente para referirse a la misma forma de negociación. [↑](#footnote-ref-13)
14. El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento (art. 348, inc. 2º, C.P.P./2004). [↑](#footnote-ref-14)