El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PREACUERDO / NULIDAD / PRINCIPIO DE IRRETRACTABILIDAD / VINCULA TANTO A LAS PARTES COMO AL JUEZ / POR LO TANTO, NO ES PROCEDENTE ANULAR LA APROBACIÓN DE UN ACUERDO / EXCEPCIONES.**

La irretractabilidad es uno de los principios que orientan a las modalidades de terminación abreviada de los procesos penales, ya sean estas los preacuerdos y negociaciones o los allanamientos a cargos, en virtud del cual, por regla general, una vez verificada la legalidad del allanamiento o la aprobación del preacuerdo, lo acordado o aceptado tiene efectos vinculantes tanto para las partes, a quienes les estaría vedado arrepentirse, retractarse o desdecir de lo aceptado de manera unilateral o consensual entre Ellos, como para la Judicatura y los demás intervinientes en el proceso penal.

En tal sentido, sobre este principio de vieja data la Corte ha dispuesto lo siguiente:

“… La aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario”. (…)

Al aplicar lo anterior al caso en comento, vemos que la realidad procesal nos indica que el Juzgado de primer grado fue quien con la declaratoria de nulidad de la actuación de manera implícita incurrió en una vulneración del principio de la irretractabilidad, porque una de las consecuencias de dicha decisión es que se dejó sin piso el acto de aprobación del preacuerdo. Tal situación nos hace colegir que en un principio la decisión del Juzgado A quo no fue acertada, porque con la misma se desconoció la existencia del aludido principio de la irretractabilidad, el cual, como ya se dijo maniataba al Juzgado de primer nivel para que hiciera lo que hizo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta # 639 del 17 de julio de 2019. H: 03:00 p.m.

Pereira, diecinueve (19) de julio dos mil diecinueve (2019)

Hora: 09:10 a.m.

Procesado: JRT

Rad. # 660016000035 2018 04043 01

Delitos: Hurto calificado y agravado en grado de tentativa, en concurso heterogéneo con porte ilegal de armas de fuego.

Asunto: Apelación auto que decreta la nulidad de la aprobación de un preacuerdo.

Temas: Controles a los preacuerdos

Decisión: Revoca auto opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los sendos recursos de alzadas interpuestos por la Fiscalía y la Defensa del ProcesadoJRT,en contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del dos (02) julio de 2019, en virtud del cual se decretó la nulidad de la aprobación de un preacuerdo suscrito entre la Defensa y el Ente acusador, dentro del proceso que se adelanta en contra de JRT por haber incurrido en la presunta comisión de los delitos de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en la vía pública del sector de Guayacanes, barrio Birmania de esta municipalidad, a eso de las 17:40 horas del 31 de diciembre de 2018, y están relacionados con la captura del señor JRT, quien fue señalado por la señora LILIANA LÓPEZ MÁRQUEZ, como la persona que momentos antes, y en compañía de otro sujeto, que se dio a la fuga, la intimidó utilizando un arma de fuego, tipo pistola, con el propósito de despojarla de sus pertenencias, pero no lo logró, ante la reacción de la ciudadana de marras, quien de manera temeraria se abalanzó en contra del asaltante, para tranzarse en un forcejeo en el cual, con la ayuda de las personas que la acompañaban, consiguieron desarmar y someter al facineroso.

Es de anotar que el hurto tuvo lugar en el momento en el que la Sra. LILIANA LÓPEZ MÁRQUEZ transitaba por el aludido sector en compañía de su novio, RAMIRO HERRERA REYES, y su hijo adolescente *B.S.S.L.* cuando fueron interceptados por los rateros, quienes, como ya se dijo, mediante el uso de un arma de fuego los amedrentaron con la intención de despojarlos de sus pertenencias. De igual manera se debe tener en cuenta que durante el forcejeo el joven B.S.S.L. fue herido de un balazo en una de sus piernas.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. El 01 de enero de 2019 el Juzgado 2º Penal Municipal con función de Control de garantías de esta localidad, se llevaron a cabo las audiencias preliminares del caso, en las cuales: a) Se le imprimió legalidad a la captura del ciudadano JRT; b) se le formuló imputación como autor y a título de dolo de un concurso de conductas punibles de hurto calificado y agravado con el reato de porte de armas de fuego, cargos que no aceptó; c) Al Procesado se le definió su situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual, en las calendas del 18 de marzo del 2019 procedió a instalar la vista pública de formulación de acusación, sin embargo, la misma tuvo que ser suspendida en atención a que la UPPV, sitio donde se encontraba privado de la libertad el Procesado no lo trasladó a la diligencia. De esa manera se fijó como nueva fecha el 29 de marzo del mismo año.
3. En la fecha arriba señalada el Juzgado dio a inicio a la diligencia pendiente, en la cual luego de verificarse por el despacho todos los generales de ley, la delegada Fiscal formuló acusación, no sin antes aclarar que de las lecturas realizadas a las entrevistas hechas a las víctimas, se podía extraer que las mismas no sufrieron ningún detrimento patrimonial, de modo que, era menester dar aplicación a la tentativa de que trata el artículo 27 del C.P. en el punible de hurto calificado y agravado. De igual manera, la delegada Fiscal indicó que en conjunto con el Procesado y su defensora se había llegado a un preacuerdo, el cual consistía en que dando por sentada la acusación por la conductas de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, en concurso con tráfico de armas de fuego, verbo rector “portar”, el Procesado JRT aceptaba los cargos formulados en su contra y como contraprestación el Ente Acusador le degradaba el modo de participación en los dos delitos, de autor a cómplice. Igualmente en dicho preacuerdo se pactó la pena a imponer en 6½ de prisión y por sugerencia del Juzgado Cognoscente se estipulo la pena privativa de otros derechos relacionada con la privación del derecho a la tenencia y porte de arma, por el término de 6 meses para el proceso de marras.
4. Dicho preacuerdo fue aprobado por el Juzgado de conocimiento, que a su vez le imprimió legalidad, y después de agotar la audiencia de individualización de penas, convocó a las partes a la audiencia de lectura de sentencia, la cual tuvo lugar el 2 de julio del hogaño. En dicha vista, el Juzgado *A quo* decretó la nulidad de lo decidido en la vista pública previa, y en consecuencia decidió no impartirle aprobación al preacuerdo suscrito entre la Defensa y el Ente Acusador.
5. En contra de dicha decisión, el agente del Ministerio Público interpuso el recurso de reposición, mientras que la Defensa y la Fiscalía apelaron.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del 2 de julio de los corrientes, en la cual, como ya se dijo, procedió a declarar la nulidad del proceso a partir de lo acontecido en la audiencia celebrada el 29 de marzo hogaño, en la que se le imprimió aprobación al preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la Defensa, para en su lugar improbarlo.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para proceder en tal sentido, se fundamentaron en aducir que con la aprobación de la negociación se vulneraba el principio de legalidad, el cual hace parte del debido proceso, por lo siguiente:

De un análisis de los elementos materiales probatorios que fueron traslados por la Fiscalía, se tiene que en la audiencia preliminar de imputación, pese a que al delito de hurto calificado le fue impuesto el agravante por “coparticipación criminal”, el mismo, debía ser aplicado y subsumido por el del delito de tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, tanto es así que incluso de los hechos se podía desprender otro delito, como el de lesiones personales, en atención a que el menor víctima fue agredido en su integridad con el arma de fuego que portaba el encartado. Tal situación, en opinión del Juzgado *A quo* transgredía el debido proceso, por violación al principio de legalidad, si se tiene en cuenta que en materia de preacuerdos no es procedente la aplicación de dos beneficios para un solo delito.

Pese a que era claro que no se le está permitido a la Judicatura ejercer controles materiales frente a las actuaciones desplegadas por parte del Órgano Persecutor, no obstante, acorde con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en providencia SP 33723 de 2018, radicado # 51551, se tiene que en los casos en que se pretenda por parte de la Fiscalía otorgar un doble beneficio en una sola negociación, al Juez sí se le está permitido ejercer un tipo de control sobre la misma, lo que para el presente asunto fue el desconocimiento del agravante establecido en el # 5º del artículo 365 del C.P. amplificador del tipo que podía extractarse en la lectura de los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la acusación.

En tales eventos, acorde con lo dicho por esta Colegiatura en el proveído del 06 de septiembre de 2012, radicado # 2012 00047 01, el Juzgado de primer nivel fue de la opinión que el agravante especifico de la coparticipación criminal, que se pregona tanto del hurto como del porte ilegal de armas, debía aplicarse a este último reato por tener una mayor trascendencia.

En contra de dicha decisión, el Agente del Ministerio Publico interpuso recurso de reposición, el cual propuso bajo la tesis consiste en que se le debía impartir aprobación al preacuerdo por cuanto al Procesado no se le está otorgando un doble beneficio, quien además no tiene porque soportar los yerros en los que incurra la Fiscalía ya sea por la errónea calificación jurídica dada a los hechos o por qué no se le endilgaron cargos por otro delito. De igual manera el recurrente adujo que resultaba más garante para el señor JRT celebrar el preacuerdo pactado, puesto que, de lo contrario se estarían invirtiendo las garantías fundamentales, debido a que la interpretación esbozada por el *A quo* es una expectativa de condena bajo términos que el procesado no aceptó.

Al desatar el recurso de reposición, el Juzgado de primer nivel decidió mantener en firme el auto impugnado, al manifestar que la omisión de no agregar el agravante al delito de porte ilegal de armas, fue tanto del Fiscal de URI como de las partes en audiencia de formulación de acusación, y aunque es de su conocimiento el principio de autonomía, también la jurisprudencia ha establecido que el mismo no es absoluto, para lo cual citó el proveído 37723, radicado # 51551 de la H. Corte de Justicia, que dispone que esa autonomía podría desembocar en penas irrisorias, por lo tanto, en caso de avizorarse por el Juzgado una violación flagrante es su deber intervenir, como se observa en el proceso de marras, en virtud de que de las entrevistas rendidas por las víctimas se extrae que JRT disparó el arma de fuego cuando los asaltados trataron de oponerse al hurto, situación que desencadenó en que el menor de edad resultara herido. Sin embargo era discutible sobre si se trató de un concurso real, ideal o aparente, y como lo estableció la Fiscalía de que ese hecho debía imputarse como un agravante y no como un delito independiente, es parte de su autonomía, pero la existencia del agravante resultaba manifiesta, de esa forma, no se puede permitir una omisión dolosa o involuntaria.

Asimismo, indicó el *A quo* que los principios de trascendencia e igualdad podrían verse afectados por la vulneración existente al debido proceso, por violación al principio de legalidad y porque sí fuese el caso de que el coprocesado sea sometido a la justicia, la pena a imponerle sería mayor, igualmente el principio del acceso a la justicia porque a su consideración la tasación de la pena en el preacuerdo debería partir de 18 años hacía abajo, si se tiene en cuenta el agravante por coparticipación en delito de porte ilegal de armas de fuego, como también el de subsidiariedad, haciendo hincapié en que esta Sala a través del proveído del 06 de septiembre de 2012, radicado # 2012 00047 01 dispuso que como quiera que el delito de porte ilegal con el agravante resulta ser más gravoso es el que debería subsumir al agravante impuesto al del hurto.

Finalmente expresó que es innecesario entrar a explicar a las partes, pues es de público conocimiento que el principio de imputación recíproca, de comunicabilidad de circunstancias, que dispone que cuando dos personas actúan con un mismo fin, todas responder por los actos de todas, y en el presente asunto lo que se observa es que dos personas se pusieron de acuerdo para hurtar a otras tres, de las cuales, un menor de edad salió herido, así que bajo esas circunstancias se debe castigar la coparticipación en el delito de porte ilegal de armas de fuego, que de forma evidente esta transgrediendo el principio de legalidad. Finalmente el *A quo* el principio de consecuencialidad para indicar que precisamente el objetivo de la Corte Suprema de Justicia en relación con las negociaciones celebradas entre el Procesado y la Fiscalía es que puedan incurrir incluso en quitar cosas de la imputación, de esa manera no puede permitir que situaciones como estas se den en otras próximas, por lo tanto, decidió no reponer.

**EL RECURSO DE ALZADA:**

1. **La Fiscalía como recurrente:**

En su disertación en representante del Ente Acusador empezó por aducir que el artículo 250 de la Carta Magna, le otorgó a la Fiscalía la potestad de perseguir los hechos que configuren delitos y de esa manera imputar los que resulten correspondientes. Asimismo expuso que el artículo 457 del C.P.P. dispone las causales de nulidad.

De igual manera adujo que en el caso, en la audiencia de formulación de imputación se comunicaron cargos por la presunta comisión de los delitos de hurto calificado y agravado y tráfico o porte de armas de fuegos, sin embargo, en la audiencia de formulación de acusación se encontró una falencia, que hacía referencia a que frente al delito de hurto se debía dar aplicación a lo establecido en el artículo 25 del C.P. no obstante, señaló la delegada Fiscal que la autonomía que se pregona a esa institución se aplica tanto para el Fiscal que en su momento estuvo de turno URI como a Ella cuando decidió modificar la calificación jurídica.

Expuso de esa manera que la omisión de que habla el Juez *A quo* podría incluso estar enmarcada como voluntaria o involuntaria, atendiendo a que era posible que el Fiscal que formuló la acusación interpretó que en atención al *non bis in ídem* no podía formular una doble incriminación. Y aunque no desconoce lo dispuesto por esta Colegiatura en relación a que si el delito de porte ilegal de armas de fuego tuviera el agravante por la coparticipación, por supuesto por ser de más envergadura debería subsumir al agravante que para este caso tiene el hurto, pero citando el artículo 29 del C.P. señaló que esa comunicabilidad de circunstancias se debían probar en juicio, es decir, que en el presente asunto, primero no se tiene identificado al otro sujeto que participó de los hechos, como también se desconoce si el aquí Procesado en algún momento quiera romper su silencio para señalar al otro implicado, y segundo, porque no hay claridad frente a si el coprocesado tenía conocimiento que JRT portaba un arma de fuego, pues el solo hecho de que estuvieran juntos no lo consuma, y de esa manera el Fiscal haya dejado de lado el agravante de coparticipación para del delito de porte ilegal de armas, y no se haya debido a una imputación equivoca como lo manifestó el juez. Empero, no puede desconocerse principalmente que el encausado quiere solucionar de forma oportuna su caso. Y además juzgar a una persona por un delito que no se imputó ni acusó resultaría en una verdadera violación al principio de trascendencia. Por esos motivos quizás la imputación bajo los términos que se conocen, se hizo, debido a la falta de elementos para imputar el agravante, de ahí que de las situaciones expuestas de manera conjunta no indican que se haya vulnerado el principio de legalidad y discrecionalidad, máxime, cuando si se aumentara el agravante, la tasación de la pena seguiría en términos similares.

**b) La Defensa como recurrente:**

El recurrente consideró que la decisión del Juez de instancia se debió a una mala interpretación, que dio paso a una equívoca nulidad como medida procesal por una supuesta vulneración al principio de legalidad, planteamiento que no comparte porque: (i) La esencia del debido proceso se encuentra edificada por unos subprincipios y principios, como el de legalidad que hace referencia al respeto de las formas propias de casa juicio, es decir, a la imputación de los delitos conforme a la ley preexistente, de ahí que fue el mismo legislador quien otorgó a la Fiscalía General de Nación de una discrecionalidad y autonomía, que no es absoluta, para ejercer la acción penal, y fue bajo esa misma autonomía que en su momento el Fiscal URI y en la acusación, los delegados, sin exceder el límite formal del principio de legalidad, determinaron cual era la calificación jurídica.

De igual manera el recurrente expresó que la situación que planteó el *A quo* sobre que en el presente asunto se estaban otorgando dos beneficios, contrario a lo que dispone el artículo 351 del C.P.P. no es más que una idea abstracta y una expectativa, puesto que no corresponde con la realidad del proceso, lo que en últimas no vulneró el principio de trascendencia, como tampoco el de igualdad frente a otro sujeto que aún no ha sido capturado.

Asimismo, el apelante adujo que la decisión confutada desconocía que el acceso a la administración de justicia comprende que los ciudadanos puedan hacer uso de formas de terminación anticipada de los procesos seguidos en su contra, de forma tal que no puede ser utilizado dicho principio como pretexto del Juez para afincar sus argumentos, puesto que la imparcialidad y objetividad de la que debe estar envestido se estaría desconociendo, y en efecto estaría ejerciendo un control material sobre los actos de la Fiscalía, que de admitirse sería dar vía a que los jueces puedan condicionar a los Fiscales respecto de las imputaciones que formulen, por lo tanto, a su juicio el juez de conocimiento se excedió al decretar una nulidad.

Finalmente, el apelante indicó que le asiste razón al *A quo* en esbozar que de haberse impuesto el agravante por coparticipación al delito del porte ilegal de armas, era este quien debía subsumir al del hurto, pero los hechos correspondientes a la realidad de este asunto son otros.

Con base en lo anterior, los apelantes solicitaron que se revoque la nulidad que dio origen a la improbación del preacuerdo.

**LAS RÉPLICAS:**

El agente del Ministerio Público, como no recurrente, expuso que coadyuvaba las peticiones de los apelantes, por cuanto:

El artículo 351 del C.P.P. dispone que en materia de preacuerdos el Juez de conocimiento también se obliga, salvo en aquellos eventos donde se avizore que se están resquebrajando garantías fundamentales, lo cual no tuvo ocurrencia en el presente asunto, ya que es incierto que a un eventual coprocesado se le esté conculcando el principio de igualdad, cuando es claro que el sistema penal se encuentra basado en el concepto de dignidad humana, que le otorga diversas garantías especialmente a quienes se encuentran sometidos a la justicia (artículo 29 C.N.). Además, en momento alguno la Fiscalía con lo preacordado no está realizando algún sorprendimiento, puesto que los tópicos dispuestos en la imputación son los mismos por los que se realizó la acusación, pero que ante un equívoco en la imputación, la Fiscalía, como le correspondía, en la audiencia de acusación, procedió a enmendar ese yerro acaecido en la calificación jurídica dada al delito de hurto.

Finalmente, el no recurrente expuso que en el presente asunto se denotaba una injerencia excesiva del Juez *A quo* al momento en que estudió los términos del preacuerdo, debido a que hizo su análisis como si el escenario fuese el de una sentencia ordinaria, y si bien, el artículo 251 del C.P.P. requiere un mínimo probatorio, daría pie para examinar si hay otros elementos que configuren agravantes, pero de esa forma se estaría entrando a una especie de sede de juicio oral, contrariando la filosofía de los preacuerdos que es la economía procesal, la equidad y el aprestigiamiento a la justicia.

Por todo lo anterior, solicitó se revoquen ambas decisiones y se proceda a emitir sentencia condenatoria.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

De igual manera no se encuentra irregularidad procesal que haga cortapisa al análisis de fondo y en su lugar se deba declarar la nulidad de la actuación.

**- Problema Jurídico:**

Del sustento del recurso por los apelantes y de lo alegado por los no recurrentes, se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Podía o no el Juzgado *A quo* retractarse de la aprobación del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa del Procesado JRT, en el cual, como contraprestación por la aceptación de la responsabilidad criminal endilgada al acusado por incurrir en la comisión de los delitos de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa, en concurso con el reato de tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, el Ente Acusador le degradaba el grado de su intervención de autor a cómplice en ambos reatos?

¿Fue acertada la decisión del Juzgado de primer nivel de decretar la nulidad de lo decidido en la audiencia celebrada el 29 de marzo de 2019, lo que a su vez conllevó a improbar el preacuerdo celebrado entre la Defensa y la Fiscalía, por encontrarse transgredido el debido proceso, por violación al principio de legalidad?

**- Solución:**

**1) La retractación de los preacuerdos.**

La irretractabilidad es uno de los principios que orientan a las modalidades de terminación abreviada de los procesos penales, ya sean estas los preacuerdos y negociaciones o los allanamientos a cargos[[1]](#footnote-1), en virtud del cual, por regla general, una vez verificada la legalidad del allanamiento o la aprobación del preacuerdo, lo acordado o aceptado tiene efectos vinculantes tanto para las partes, a quienes les estaría vedado arrepentirse, retractarse o desdecir de lo aceptado de manera unilateral o consensual entre Ellos, como para la Judicatura y los demás intervinientes en el proceso penal.

En tal sentido, sobre este principio de vieja data la Corte ha dispuesto lo siguiente:

*“La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irretractabilidad, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.*

*La aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.*

*Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada…..”[[2]](#footnote-2).*

Criterio que se ha mantenido vigente:

*“La Corte ha indicado de tiempo atrás, que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado principio de irretractabilidad, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de disolverlo, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.*

*De manera, que la aceptación del acuerdo* ***resulta vinculante para la fiscalía, el implicado y el juez, pues este último debe dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales está llamada anular el acto procesal respectivo*** *para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro del juzgamiento ordinario…..” [[3]](#footnote-3).*

De igual manera, la Sala no puede desconocer que el principio de la *irretractabilidad* no es absoluto, puesto que existen unas hipótesis en las que le está permitido a los sujetos procesales desdecirse de lo acordado o pactado.

Entre dichas hipótesis, descollan las siguientes:

* Lo regulado en el artículo 293 del C.P.P., norma esta que le permite a la Defensa retractarse de un allanamiento a cargos o de un preacuerdo, siempre y cuando logre demostrar que su decisión de someterse a alguna de las modalidades de terminación abreviada de los procesos penales fue producto de un vicio del consentimiento, que le impidieron darse cuenta de las consecuencias de la determinación adoptada.
* Cuando con el acto de aprobación del preacuerdo o del allanamiento a cargos se incurrió en la vulneración de principios fundantes y esenciales en los que se soporta o cimenta la declaración de derechos y garantías consignadas en la Carta, los cuales por su carácter de fundamentales y de rectores tienen prelación sobre todos los demás principios, como bien lo ordena el articulo 26 C.P.P. y el artículo 4º de la Carta.

Así, a modo de ejemplo tenemos que la Judicatura, pese a las limitantes del principio de la irretractabilidad, válidamente puede invalidar un acto de aprobación de un preacuerdo, en eventos en los que: a) Se vulneró el principio de la presunción de inocencia, cuando los Jueces se den cuenta que no existía el mínimo probatorio para condenar; b) Se haya conculcado el principio de legalidad de los delitos y las penas, lo cual puede acontecer en aquellas hipótesis en las que la persona se allanó a cargos por una conducta que no era delito porque la misma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, o porque la tasación de las penas sea manifiestamente contraria a la normativa del Código Penal.

Al aplicar lo anterior al caso en comento, vemos que la realidad procesal nos indica que el Juzgado de primer grado fue quien con la declaratoria de nulidad de la actuación de manera implícita incurrió en una vulneración del principio de la irretractabilidad, porque una de las consecuencias de dicha decisión es que se dejó sin piso el acto de aprobación del preacuerdo. Tal situación nos hace colegir que en un principio la decisión del Juzgado *A quo* no fue acertada, porque con la misma se desconoció la existencia del aludido principio de la irretractabilidad, el cual, como ya se dijo maniataba al Juzgado de primer nivel para que hiciera lo que hizo.

Pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer que de lo argumentado por el Juzgado de primer nivel se puede inferir que procedió de la forma como le reprochan los recurrentes para hacer gala del principio de legalidad, el cual en su opinión se vulneró como consecuencia de un yerro en el que incurrió la Fiscalía en la manera inadecuada como aplicó una circunstancia especifica de agravación punitiva: la coparticipación criminal, que se pregonaba tanto del delito de hurto calificado como del reato de porte ilegal de armas de fuego, fue incorrectamente aplicada al primero de los aludidos delitos.

Pero para la Sala en el presente asunto no se incurrió en una flagrante vulneración del principio de la legalidad, ya que si bien es cierto que se podría presentar un concurso aparente de tipo penales en lo que tenía que ver con la aplicación de las circunstancias específicas de agravación punitiva relacionadas con la coparticipación criminal, porque, como se dijo, acorde con lo consignado tanto en el # 10º del articulo 241 C.P. y el # 5º del inciso 3º del articulo 365 ibídem, tal agravante se pregona tanto del delito de hurto calificado como del reato de porte ilegal de armas de fuego, pero no se puede desconocer que la Fiscalía, en su calidad de titular de la acción penal, constitucional y legalmente estaba habilitada para decidir a cual de esos dos delitos le aplicaba la aludida circunstancia especifica de agravación punitiva, y por ende se inclinó por el reato de hurto calificado.

En tal sentido, ante lo discutible de la determinación asumida por la Fiscalía, al inclinarse por remitir la causal especifica de agravación punitiva de marras al delito de hurto calificado en detrimento del punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tal y como como lo dijo el Juzgado de primer nivel, quizás no aplicó de manera correcta el principio de la consunción como mecanismo de solución de dicho concurso aparente, el que, en opinión de la Colegiatura, de ser aplicado de manera correcta implicaba que las circunstancias específicas de agravación punitiva de “la coparticipación criminal” del delito de hurto calificado debían ceder a las del delito de tráfico de armas de fuego, ya que, tal como lo dijo esta Sala en el pasado:

“El delito de porte ilegal de armas de fuego por ser este un delito que ampara un interés jurídico de un radio de acción mucho más amplio que el interés jurídico que protege el delito de hurto; además el interés jurídico protegido por el delito de tráfico de armas de fuego, la seguridad pública en la modalidad de delitos de peligro común, es de naturaleza pluriofensiva, mientras que el objeto jurídico amparado por el delito de hurto, el patrimonio económico, es de naturaleza mono ofensiva…..” [[4]](#footnote-4).

Pese a lo anterior, la Colegiatura no puede desconocer que la anterior tesis no es un dogma propio de las verdades absolutas, porque de igual manera se podría decir que al existir una especie de relación teleológica de medio a fin entre el delito de tráfico de armas de fuego y el de hurto calificado, ya que el primero es el medio para poder perpetrar el segundo, tal relación en ultimas incidiría para que el agravantes de marras deba ser subsumido por el delito de hurto calificado.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que pese a lo discutible, de igual manera podía ser considerada como plausible y por ende aceptable la interpretación hermenéutica que al parecer fue utilizada por la Fiscalía para considerar que las circunstancias específicas de agravación punitiva de la coparticipación criminal debería pregonarse del delito de hurto calificado y no del reato de porte ilegal de armas de fuego.

A modo de corolario, la Sala es de la opinión que en el presente asunto no tuvo lugar una violación del principio de la legalidad, que autorizaba al Juzgado de primer nivel para desligarse de las ataduras del principio de la irretractabilidad, y por ende, el Juzgado *A quo* no podía invalidar la legalidad del preacuerdo que en el pasado había aprobado.

**2) Los controles a los preacuerdos.**

Uno de los principales temas en los que gira la inconformidad expresada por los recurrentes en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, tiene que ver con los controles que la Judicatura puede ejercer sobre los preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y la Defensa que han sido puestos a consideración de los Jueces de Conocimiento.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que no se puede desconocer que acorde con lo consagrado en el artículo 250 de la Carta y lo reglamentado en el libro III título II, capitulo único del código de procedimiento penal, la Fiscalía, con base en los postulados del derecho premial, puede entablar negociaciones con su contraparte, a fin de procurar la terminación abreviada del proceso, sobre tópicos tales como: a) Los términos de la imputación; b) La eliminación en la acusación de una causal de agravación o de un cargo específico; c) La tipificación de la conducta de tal manera que implique una pena más benigna para el acusado, y c) Los hechos endilgados al procesado y sus consecuencias jurídicas.

Asimismo, tampoco se puede ignorar que para que dichas negociaciones puedan ser catalogadas como válidas, como consecuencia de la aplicación del principio acusatorio, acorde con los términos del inciso 4º del artículo 351 C.P.P. las mismas deben de estar sujetas o condicionadas a la respectiva aprobación de la Judicatura, quien ejercerá sobre ellas una especie de control de legalidad, que en nada sería el propio de una función de simples y meros fedatarios o refrendadores de lo hecho por la Fiscalía, el cual tendría como finalidad la de verificar si con esa clase de negociaciones se desconocieron o quebrantaron derechos o garantías fundamentales de las partes y demás intervinientes.

Pero de igual manera, no se puede desconocer que es formal y no material el control de legalidad que la Judicatura ha de ejercer sobre tales modalidades de terminación abreviada de los procesos penales, lo cual se debe a que uno de los pilares fundamentales en los que se soporta el sistema penal acusatorio, adoptado en nuestra legislación mediante el acto legislativo # 3 del 2.002, que modificó el artículo 250 de la Carta, y el desarrollo que del mismo se hizo mediante el actual C.P.P. (Ley # 906 de 2.004), se tiene por establecido que como consecuencia del carácter adversarial que rige a dicho sistema procesal, aunado a la división que existe entre las funciones de acusación y de juzgamiento que ha sido conocido como principio acusatorio, se debe entender que el libelo acusatorio es un acto procesal de parte el cual no está sujeto a ningún tipo de control material por las demás intervinientes, ni por la Judicatura[[5]](#footnote-5), ya que en caso de hacerlo, se estaría inmiscuyendo indebidamente en las funciones de la Fiscalía al asumir un rol de acusador o de coadyuvante de la acusación, lo cual a su vez avasallaría uno de los pilares en los que se erige el aludido sistema penal acusatorio, como lo es el principio de la imparcialidad (artículo 5º C.P.P.).

Frente a la anterior determinación, la Corte se ha establecido lo siguiente:

*“En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación,* ***es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio****” [[6]](#footnote-6)(Negrillas fuera del texto).*

Postulado que ha sido homologado de la siguiente forma:

*“En atención de la estricta separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como de la garantía de imparcialidad judicial, el legislador no previó la posibilidad de que el juez efectúe un control material sobre la acusación. En un esquema adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una hipótesis incriminatoria, al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica). De permitirse una tal supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular “teoría del caso” (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871). De igual modo resultaría afectada la imparcialidad exigible a quien únicamente tiene que juzgar el asunto, según los planteamientos del acusador. Solo a la Fiscalía compete la determinación del nomen iuris de la imputación (CSJ SP 6 feb. 2013, rad. 39.892).*

*Estos argumentos son los que, en síntesis, han llevado a la jurisprudencia a proscribir el ejercicio de control material de la acusación por el juez de conocimiento. Se trata de una posición suficientemente decantada y consolidada.*

*(:::)*

*Así, entonces, la calificación jurídica adoptada por la Fiscalía en la acusación o en el preacuerdo no puede ser cuestionada, salvo que se afecten garantías fundamentales…” [[7]](#footnote-7).*

Siendo así las cosas, no existe duda alguna que tanto a las partes como a la Judicatura no les está permitido ejercer controles materiales sobre el escrito de acusación, el que en los eventos de los preacuerdos vendría siendo el acta en el que las partes estipularon los términos en los que la Defensa se sometía a esa modalidad de la terminación abreviada de los procesos.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, para la Sala no existe duda alguna que por parte del Juzgado *A quo* se ejerció un control material y no formal a lo acordado entre la Defensa y la Fiscalía*,* al cuestionar la forma como el Ente Acusador hizo uso del principio de la consunción para solucionar el conflicto aparente de tipos surgido por la causal específica de agravación punitiva de la coparticipación criminal, lo que implicó que el Juzgado de primer nivel de manera indebida se inmiscuyera en algo que era exclusivo del resorte de la Fiscalía como consecuencia de ser el titular de la acción penal.

Por otra parte, en lo que tenía que ver con que la Fiscalía haya decidido variar la calificación jurídica u omitido no endilgarle al Procesado la comisión del delito de lesiones personales, la Sala, a modo de colofón, dirá lo siguiente:

* Era claramente evidente que la Fiscalía incurrió en un yerro en la calificación jurídica dada al delito de hurto calificado, el cual acorde con lo preceptuado en el inciso final del artículo 10º C.P.P. ameritaba ser enmendado en el escenario procesal idóneo, el cual, como bien nos lo enseña el articulo 339 ibídem, no era otro diferente que en el de la audiencia de formulación de la acusación.

Dicho yerro consistió en el que la Fiscalía en las audiencias preliminares le enrostró cargos al Procesado por incurrir en la presunta comisión del delito de hurto calificado agravado consumado, lo cual a todas luces resultó ser erróneo, porque los medios de conocimiento con los que contaba la Fiscalía en su poder de manera inequívoca demostraban que como consecuencia de la valiente y temeraria reacción de los asaltados, los facinerosos no pudieron despojarlos de sus pertenencias. Lo que obviamente indicaba que se estaba en presencia de un delito de hurto tentado, en la modalidad de la tentativa inacabada, y no de un reato consumado, como de manera errada lo entendió el Fiscal que formuló la errónea imputación con la cómplice anuencia y complacencia del entonces titular del Juzgado 2º Penal Municipal con función de Control de garantías de esta localidad, quien en esas vistas fungió a modo de un simple y mero convidado de piedra.

Lo antes expuesto nos quiere decir que al Procesado, como consecuencia de ese acto de corrección, el cual debe ser considerado como válido por cuanto no se afectó el núcleo básico de la acusación[[8]](#footnote-8), en momento alguno se le concedió un doble beneficio.

* Es cierto que en las audiencias preliminares en momento alguno se trató el tema relacionado con las lesiones personales infligidas al joven *B.S.S.L.* de quien se tiene que como consecuencia de los hechos salió herido de un balazo en una de sus piernas. Pero tal omisión no era razón suficiente como para declarar la nulidad de la actuación, ya que tal mácula podía ser enmendada con la aplicación del principio rector del *carácter residual de la declaratoria de las nulidades procesales,* consagrado en el # 5º del artículo 310 de Ley 600 de 2.000[[9]](#footnote-9), el cual pregona que solo es factible acudir a la anulación de un proceso, cuando *«no existe (sic) otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte..»[[10]](#footnote-10)*.

Siendo entonces la solución menos traumática que la declaratoria de nulidad, la consistente en ordenar la correspondiente compulsión de copias para que la Fiscalía, si no lo está haciendo, proceda a investigar al Procesado por esa presunta delincuencia.

- **Conclusiones:**

Lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Colegiatura le conceda la razón a las tesis de la discrepancia propuestas por los recurrentes, y en consecuencia revoque la providencia confutada, por cuanto:

* El Juzgado de primer nivel ejerció un acto de control material a los términos de lo preacordado entre la Fiscalía y la Defensa, al cuestionar la calificación jurídica dada a los hechos como consecuencia de haber surgido una especie de concurso aparente de tipos frente a una causal específica de agravación punitiva.
* El Juzgado *A quo* con su decisión desconoció los postulados que orientan al principio de la irretractabilidad, el cual lo maniataba para que no pudiera desconocer la pretérita aprobación del preacuerdo, salvo ciertas excepciones, las cuales no tuvieron ocurrencia en el presente asunto.
* Al ser enmendadas por parte del Ente Acusador ciertas irregularidades en las que incurrió en la formulación de la imputación, en momento alguno con el preacuerdo al Procesado se le concedió un doble beneficio.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **REVOCAR** el auto interlocutorio proferido por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del dos (02) de julio de 2019, en virtud del cual se decretó la nulidad de lo actuado y en consecuencia se improbó un preacuerdo suscrito entre la Defensa y el Ente Acusador.

**SEGUNDO:** **INSTAR** al Juzgado de primer nivel para que a la mayor brevedad posible procede a dictar la correspondiente sentencia, la cual, como es obvio, se tiene que encontrar en consonancia con lo preacordado entre las partes.

**TERCERO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. El principio de la irretractabilidad se encuentra consagrado en el inciso 4º del artículo 351 C.P.P. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del dieciocho (18) de abril del año 2.007. Rad. # 27159. M. P. MAURO SOLARTE PORTILLA. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticinco (25) de marzo de 2015. AP1505-2015. Radicación # 40439. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-3)
4. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Penal: Sentencia de 2ª instancia del 14 de Marzo de 2.014. Rad. # 660 01 6000035 2012 00395 01. M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de anotar que acorde con lo reglado en el inciso 1º del artículo 350 C.P.P. lo preacordado entre las partes se asimila al escrito de acusación. [↑](#footnote-ref-5)
6. Providencia del 14 agosto de 2013 – Rad. # 41375. M.P. José Luis Barceló Camacho. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 14 de junio de 2017. SP8666-2017. Rad. # 47.630. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-7)
8. En tal sentido, como atinadamente lo adujo el Agente del Ministerio Publico, se puede consultar la Sentencia del cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019). SP2042-2019. Rad. # 51007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Aplicable al presente asunto según los principios de integración y coexistencia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de Octubre de 2.011. Rad. # 32143. [↑](#footnote-ref-10)