REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PENAL DE DECISIÓN

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Aprobado Acta #023 del 29 de enero a las 8:05 a.m.

Pereira (Risaralda), martes veintinueve (29) de Enero del 2.013.
Hora de lectura 9:17 a.m.

Procesado: LEONARDO GAÑAN ALVAREZ.
Delito: Homicidio Agravado.
Radicación # 66682-31-04-001-2012-00251-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Delegada, el Agente del Ministerio Publico y la Defensa en contra de Providencia interlocutoria que improbó un Preacuerdo.

V I S T O S:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Delegada, el Agente del Ministerio Público y la Defensa en contra de la Providencia interlocutoria proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con Funciones de Conocimiento, el 3 de Diciembre del 2.012, dentro del proceso adelantado en contra de LEONARDO GAÑAN ALVAREZ, por la presunta comisión del delito de Homicidio Agravado, en virtud de la cual fue improbado un Preacuerdo pactado entre la Fiscalía General de la Nación y la Defensa.

A N T E C E D E N T E S:

Los hechos objeto de la presente actuación, están relacionados con la inicial desaparición, en el municipio de Dosquebradas, en las calenda del 3 de Septiembre del 2.012, de quien en vida respondía por el nombre de DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRÍGUEZ, y el posterior hallazgo de sus restos mortales, el día 13 de Septiembre de la misma anualidad, en una fosa ubicada en zona boscosa de la vereda "El Ovito", jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Cabal.

Acorde con la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación como consecuencia de la desaparición de la Joven DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRIGUEZ, se pudo establecer que la susodicha había sostenido una relación sentimental con el ahora procesado LEONARDO GAÑAN ÁLVAREZ, relación de la cual quedó en estado de embarazo. Igualmente se constató que al parecer dicha relación amorosa había finiquitado desde hacía más de 2 meses, razón por la que GAÑAN ALVAREZ inició un noviazgo con la menor **"M.C.CH.O"**, de 16 años de edad.

Según se desprende de las pesquisas y evidencias recopiladas por los investigadores del C.T.I. la joven DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRIGUEZ le puso en conocimiento a su otrora novio LEONARDO GAÑAN ALVAREZ de su estado de gravidez, lo que al parecer no fue del agrado de este último, quien ante la eventual negativa de DANIEL MELISA TRIVIÑO de practicarse un aborto, decidió fraguar con la menor **"M.C.CH.O"** todo lo relacionado con la forma de proceder a cegarle la vida a su antigua novia.

En cumplimiento de dicho plan, LEONARDO GAÑAN ALVAREZ acordó una cita con DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRIGUEZ, la cual tuvo ocurrencia en horas de la noche del 3 de Septiembre del 2.012. Para el cumplimiento de dicha cita, DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRIGUEZ abordó un taxi a la salida del almacén "Éxito" ubicado en el municipio de Dosquebradas, sitio en el que trabajaba como impulsadora de la empresa Direct TV, con destino hacia el sector conocido como "La Romelia", donde era esperada por GAÑAN ALVAREZ un vehículo automotor, quien la recogió y con el pretexto de hacer una diligencia en el municipio de Santa Rosa de Cabal, la llevó hacia dicha localidad por la vía que conduce hacia los Termales.

En la parte posterior del vehículo conducido por LEONARDO GAÑAN ALVAREZ se encontraba oculta, cubierta con una cobija, la menor **"M.C.CH.O"**, quien pacientemente esperó una señal de GAÑAN ALVAREZ para así proceder a atacar de manera sorpresiva a DANIELA MELISA, y cubrirle inicialmente el rostro con una bolsa plástica, y luego que los agresores consiguieron vencer la resistencia de la víctima, procedieron a pasarle alrededor del cuello una soga con la cual la lograron sofocar.

Después que hubiese acontecido el fallecimiento de la víctima, como consecuencia de la celada que le fue tendida por parte de sus atacantes, LEONARDO GAÑAN ALVAREZ y su cómplice llevaron el cuerpo sin vida de DANIELA MELISA hacia una fosa ubicada en una zona boscosa, la cual habían escavado con antelación a la ocurrencia del crimen, previa exploración de dicho sector por parte de los homicidas, en la que procedieron a inhumarla.

L A A C T U A C I O N P R O C E S A L:

1) Después de haber sido denunciada ante las autoridades competentes la desaparición de quien en vida respondía por el nombre DANIELA MELISA TRIVIÑO R, y una vez que la Policía Judicial llevó a cabo las pesquisas pertinentes tendientes a su búsqueda, ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de control de garantías, fue solicitada por parte de la Fiscalía General de la Nación, la expedición de una orden de captura en contra del entonces indiciado LEONARDO GAÑAN ALVAREZ.

2) Una vez que se hizo efectiva la captura de LEONARDO GAÑAN ALVAREZ, en las calendas del 14 de Septiembre del 2.012, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de control posterior a una orden de vigilancia de cosas y de personas, legalización de captura y definición de situación jurídica ante el Juzgado Único Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, con funciones de control de garantías,.

3) Al entonces indiciado LEONARDO GAÑAN ALVAREZ le fueron enrostrados cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de Homicidio Agravado, tipificado en los # 7º y 11º del artículo 104 C.P. reato este que fue perpetrado con las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el # 10º del artículo 58 C.P.

4) Durante el desarrollo de la audiencia de formulación de la imputación, tanto la Fiscal Delegada como la Defensa le hicieron saber a la Jueza de Control de Garantías sobre la existencia de un preacuerdo, en virtud del cual el entonces indiciado se allanaría a los cargos imputados en su contra, siempre que cumpliera con el compromiso de decir la verdad de lo acontecido y en contraprestación la pena a imponer correspondería al límite inferior del primer cuarto medio a la cual se le haría una deducción punitiva del 50%.

5) De dicho pacto fueron enterados los padres de la occisa, quienes en calidad de victimas acudieron a las audiencias preliminares, y manifestaron su interés en saber la verdad de lo acontecido. Ello conllevó a que una vez que el Ente Acusador formulase la correspondiente imputación, el procesado procediera a allanarse a los cargos, y acorde con lo pactado les narró a las partes e intervinientes su versión respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo ocurrieron los hechos en los cuales fue asesinada quien en vida respondía por el nombre de DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRIGUEZ.

6) Posteriormente, al procesado le fue definida la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.

7) El 3 de diciembre del 2.012, ante el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con funciones de conocimiento, se llevó a cabo la correspondiente audiencia de verificación del preacuerdo. Una vez que la Jueza del Conocimiento hubo escuchado a las partes e intervinientes, decidió no impartirle aprobación a dicho preacuerdo.

8) En contra de la decisión de no aprobar el preacuerdo, proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con funciones de conocimiento, tanto la Fiscal Delegada, como el representante del

Ministerio Publico y el Apoderado de la Defensa, interpusieron los correspondientes recursos de apelación, los cuales fueron sustentados oralmente de manera oportuna.

L A P R O V I D E N C I A I M P U G N A D A:

Como bien lo hemos expuesto con antelación, se trata de la decisión de tipo interlocutoria proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con funciones de conocimiento, durante el desarrollo de la Vista Publica celebrada el 3 de diciembre del 2.012, en la cual no le fue impartida aprobación al preacuerdo convenido entre la Fiscalía y la Defensa durante el desarrollo de la audiencia de formulación de la imputación.

Las razones expuestas por la Jueza Cognoscente para no impartirle aprobación a dicho Preacuerdo, se basaron en argumentar que en el presente asunto tuvo ocurrencia una violación del principio de la Legalidad, debido a que la Fiscalía se abstuvo de cumplir con el deber que le asistía de imputarle cargos al procesado por la presunta comisión de un delito que afloraba del contenido de las evidencias y de los hechos como lo es el reato tipificado en el articulo 188D C.P. denominado como *"Uso de menores de edad en la comisión de delitos".*

Para poder llegar a dicha conclusión, la A quo manifestó que en el plenario estaba acreditada la participación, mediante el mecanismo de la división de trabajo, de una menor de edad en la comisión del delito, quien al parecer fue inducida por el procesado GAÑAN ALVAREZ para perpetrar el reato. Tal situación, en criterio de la Jueza de primer nivel, incidiría para la que la conducta del procesado se adecuase típicamente en el delito de *Uso de menores de edad en la comisión de delitos"*, el cual es un delito de mera conducta debido a que se perfecciona con la simple participación o intervención de un menor de edad en la comisión de un reato.

Por lo tanto, ante la no inclusión de dicho reato en el preacuerdo, ello según criterio de la Jueza A quo, debe incidir de manera negativa para que se le imprima la correspondiente aprobación del mismo.

Asimismo la A quo descarta la existencia de la causal especifica de agravación punitiva consignada en el # 11º del artículo 104 C.P. la cual debía ser excluida del preacuerdo, porque en su opinión lo que impulsó la comisión del delito no fue la condición de mujer de la víctima, sino el hecho de estar embarazada, constituyéndose de esa forma en un acto de vileza extrema que se adecuaría en la causal de agravación punitiva tipificada en el # 4º del artículo 104 C.P. con el nombre de *"motivo abyecto o fútil"*.

En dicha providencia, la Jueza de Primer nivel expuso su discrepancia con las tesis invocadas tanto por el apoderado de las víctimas como por el representante del Ministerio Público, al argumentar que con la celebración del preacuerdo en ningún momento le fueron conculcados los derechos que le asistían a las Víctimas, debido a que las mismas fueron informadas debidamente y en forma comprensible de lo pactado entre la Fiscalía y la defensa, quienes sin formular ningún tipo de reparo aceptaron las condiciones en las cuales se celebró dicho convenio.

En igual sentido, la jueza de conocimiento discrepó con la tesis expuesta por el Sr. Procurador Judicial, y expuso que en el preacuerdo la pena fue tasada de manera correcta, puesto que al partirse de los cuartos medios fue aplicado en debida forma el sistema de cuartos, debido a que confluían atenuantes con agravantes. De la misma forma manifestó que las rebajas punitivas ofrecidas en el preacuerdo al procesado son válidas, debido a que él si le prestó una colaboración a la administración de justicia en atención a que había una serie de cabos sueltos que fueron esclarecidos con la confesión del Procesado.

Finalmente, manifestó la Jueza de primer nivel que en el presente asunto no se presentaban los delitos de aborto ni lesiones al feto, tal y cual como lo había pregonado el representante del Ministerio Público, debido a que la intención del procesado no era la de ocasionarle lesiones al feto ni un aborto a la víctima, sino su muerte; además, por el periodo de gestación, expone la Jueza A quo que no era posible que se presentara dicho reato, puesto que no estábamos en presencia de un feto sino de un embrión.

En resumidas cuentas, con sustento en los anteriores argumentos, la Jueza A quo decidió no impartirle aprobación al preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

L A S A L Z A D A S:

- El Recurso de Apelación Interpuesto por la Fiscal Delegada:

Mediante el recurso de apelación, la Fiscal Delegada propone la tesis consistente en que con la celebración del preacuerdo no se incurrió en ningún tipo de violación del principio de legalidad por no incluirse en dicho convenio el reato tipificado en el articulo 188D C.P. denominado como *"Uso de menores de edad en la comisión de delitos".*

Para respaldar la tesis de su discrepancia, la Fiscal Delegada argumenta que durante la investigación y el desarrollo del programa metodológico no se recopilaron elementos de juicio o evidencias que permitieran acreditar la hipótesis relacionada con la comisión del delito tipificado en el articulo 188D C.P. Por ello es que la apelante expone que lo único que sobre ese tópico había era una información suministrada por una fuente *"no formal"*, así como lo admitido por procesado en la audiencia de formulación de la imputación y lo que escuetamente manifestó la menor **"M.C.CH.O"**, de lo cual no se demostraban los verbos rectores necesarios para la adecuación típica del delito de *"Uso de menores de edad en la comisión de delitos"*, ya que contrario a ello, de dichas evidencias, en opinión de la recurrente, lo que se desprende es una participación activa de la menor de marras en la ejecución del reato.

Con base en dichos argumentos de disenso, concluye la Fiscal Delegada que con la decisión tomada por la Jueza A quo, en última instancia lo que se pretende es conminar a la Fiscalía General de la Nación para que formule una imputación por la comisión de un delito, sin tener elementos serios de juicio que acrediten su ocurrencia.

- El Recurso de Apelación Interpuesto por el Agente del Ministerio Público:

La tesis de la discrepancia propuesta por el Procurador Judicial recurrente, gira en torno a establecer que el preacuerdo también debió haber sido improbado debido a que con dicho convenio se desconoció el Principio de Legalidad y los fines que persiguen los preacuerdos y las negociaciones.

Como respaldo a la tesis de su discrepancia, manifiesta el Procurador Judicial recurrente que es muy alto el descuento punitivo ofrecido en el preacuerdo al procesado, quien no dio nada a cambio en beneficio de la investigación. Tal situación, en opinión del apelante, no logra el aprestigiamiento de la Justicia sino su cuestionamiento, puesto que al procesado se le está dando un premio a cambio de nada.

En igual sentido, expone el Procurador Judicial recurrente que la pena tasada en la negociación no es correcta, debido a que para la fijación de la misma fueron ignorados los fundamentos del articulo 61 C.P. e igualmente porque se decidió partir del límite inferior de los cuartos medios, sin tener en cuenta que en el presente asunto solo concurrían agravantes, lo que ameritaba la aplicación de un cuarto punitivo superior.

Finalmente, el Agente del Ministerio Publico en su alzada expone que se deben hacer unos ajustes a la imputación, al incluir en la misma el delito de aborto sin consentimiento, tipificado en el articulo 123 C.P. por estar acreditado el estado de embarazo temprano de la víctima, el cual fue interrumpido como consecuencia del accionar homicida del procesado.

- El Recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la defensa:

En igual sentido a lo expuesto por la Fiscalía, la Defensa en su alzada pregonó por la legalidad del preacuerdo por ser el mismo respetuoso de la legalidad. Para sustentar su tesis expuso que en el presente asunto no estaban acreditados los requisitos del delito tipificado en el articulo 188D C.P. debido a que en ningún momento se afectó el interés jurídicamente tutelado por dicho reato, en atención a que la menor no fue instrumentalizada debido a que ella intervino activamente en la comisión del delito a titulo de Coparticipe. Con base en tales argumentos, concluye el recurrente que pretender imputarle al procesado la comisión del reato de

"Uso de menores de edad en la comisión de delitos", implicaría una violación del principio del Non bis ibídem.

Finalmente, propone el recurrente que la Jueza A quo se equivocó, pues contario a improbar el preacuerdo debió fue decretar una aprobación parcial del mismo y ordenar la ruptura de la unidad procesal, para que por cuerda separada se investigue si efectivamente la conducta del procesado también se adecuaba o no en el delito tipificado en el articulo 188D C.P.

L A S R É P L I C A S:

- Réplica de la Fiscalía:

En su calidad de no recurrente, expone la Fiscal Delegada que en el presente caso se cumplían a cabalidad con las finalidades perseguidas con los preacuerdos y las negociaciones, puesto que el mismo se llevó a cabo con respeto de los postulados de la publicidad y de la transparencia, lo que dinamizó la administración de justicia, al procurar que esta se cumpliera de manera pronta y oportuna.

Igualmente la Fiscal no recurrente afirma que con el preacuerdo no se le concedió premio alguno al procesado con los beneficios punitivos que le fueron reconocidos, debido a que el procesado desde su captura manifestó su deseo de allanarse a los cargos y de colaborar con la administración de justicia, al ofrecerse a declarar en el proceso que ante la Jurisdicción Penal de Infancia y Adolescencia se sigue en contra de la menor **"M.C.CH.O".**

Finalmente, la Fiscal Delegada reitera la tesis que expuso en la alzada en el sentido que los elementos materiales probatorios, contrario a lo afirmado por la A quo, acreditaban que la menor **"M.C.CH.O"** no fue instrumentalizada puesto que por el contrario participó de manera activa en la comisión del delito. Pero que a pesar de discrepar con lo manifestado por la Jueza A quo, la Fiscal Delegada, avala lo dicho por la Defensa en la Alzada y considera que la mejor solución habría sido la de aprobar de manera parcial el preacuerdo y ordenar la compulsión de copias para que

por separado se investigue la el delito de *"Uso de menores de edad en la comisión de delitos"*.

- Réplica del apoderado judicial de las víctimas:

El representante de los intereses de las víctimas, al ejercer el derecho a la réplica fue del criterio consistente en que la decisión apelada debería ser confirmada. Igualmente manifestó su opinión en el sentido que se debería ajustar la formulación de la Imputación, al incluir en la misma el delito de aborto sin consentimiento, tipificado en el articulo 123 C.P.

- Réplica del agente del Ministerio Público:

Al ejercer el derecho de réplica, el Procurador Judicial Penal expone que en el presente asunto no se puede desconocer que la realidad probatoria consignada en la carpeta es indicativa de la participación de una menor en la comisión del reato, la cual, según su versión, fue manipulada e inducida por el procesado para que interviniera en dichos hechos delictivos, lo que estructuraría el delito tipificado en el articulo 188D C.P. Asimismo, manifiesta el Procurador Judicial que en la actuación está acreditado la ocurrencia de un aborto, puesto que el procesado con su accionar interrumpió un estado de embarazo en el cual se encontraba la víctima.

Finalmente, el Procurador Judicial reitera sus críticas en contra de la Fiscalía, al afirmar que al pactar de la forma como lo hizo con el procesado, decidió tomar el camino más fácil para así no cumplir con el deber que le asistía de investigar.

- Replica del Apoderado de la Defensa:

Al hacer uso del derecho de réplica, la defensa manifestó la inexistencia de irregularidad alguna en el preacuerdo pactado con la Fiscalía, el cual es respetuoso de la Ley. Asimismo expone que es válido el descuento punitivo del 50% reconocido al procesado en dicha negociación y que en ningún momento fue premiado, debido a que el señor GAÑAN ÁLVAREZ, desde un principio aceptó su responsabilidad y ha colaborado con la Fiscalía en el esclarecimiento de los hechos.

P A R A R E S O L V E R S E C O N S I D E R A:

Competencia:

Según lo establecido en el # 1º del artículo 34 C.P.P. esta Corporación, en su Sala Penal de Decisión, es la competente para asumir el conocimiento de la presente alzada, no sin antes declarar que hasta esta etapa procesal no se avizora nulidad alguna que haga invalida la actuación.

Problema Jurídico:

De lo expuesto en las tesis invocadas por los recurrentes, la Defensa y la Fiscalía, al momento de sustentar las alzadas, a juicio de la Sala se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Dentro de los Controles que le asiste al Juez de Conocimiento al momento de verificar la legalidad de un preacuerdo, esta la facultad de constatar que sea correcta la adecuación típica de los delitos objeto de la negociación?

- ¿En virtud de tal facultad, el Juez de Conocimiento puede sugerir que sean excluidos de la negociación delitos o agravantes que fueron objeto del preacuerdo, o en su defecto que sean incluidos al mismo nuevos delitos, agravantes o atenuantes, que en su opinión fueron preteridos por las Partes?

Asimismo la Sala considera que del contenido de la tesis de la discrepancia propuesta en la Alzada interpuesta por el representante del Ministerio Publico, también se desprendería el siguiente problema jurídico:

- ¿Debió haber sido concedido por parte de la Jueza Aquo el recurso de apelación interpuesto por parte del Agente del Ministerio Publico, por carecer este Sujeto Procesal de Interés para recurrir?

Consideraciones Preliminares:

Para poder solucionar los problemas jurídicos antes enunciados, inicialmente y por razones lógicas, la Sala abordará todo lo relacionado con la ausencia de legitimación por parte del agente del Ministerio Público para interponer el presente recurso de apelación, lo cual, en caso de ser cierto, excluirá a la Sala para poder tomar una decisión de fondo respecto de dicha alzada.

Posteriormente la Sala llevará a cabo un análisis tanto de lo establecido en la legislación procesal penal vigente como de la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los controles que debe ejercer el Juez de Conocimiento al momento verificar la legalidad de alguno de los mecanismos de terminación abreviada de los procesos, para así poder concluir si el Juez de Conocimiento puede improbar una negociación por no estar de acuerdo con la calificación jurídica de los delitos que fueron objeto de la misma.

Solución:

- La Ausencia de Legitimación por parte del Procurador Judicial Penal para interponer el recurso de Apelación.

Como bien es sabido por todos, el recurso de apelación es una manifestación del Debido Proceso, más específicamente del Derecho de Defensa, el cual tiene por objeto que la parte o el sujeto procesal que no esté de acuerdo o conforme con una decisión, ponga en conocimiento su discrepancia o inconformidad a un funcionario de mayor jerarquía o rango, con el fin que revise el contenido de la decisión impugnada y de esa forma decida sobre la confirmación de la misma o en su defecto su modificación, adición o revocatoria.

Pero obviamente que quien interpone un recurso de apelación debe cumplir una serie de cargas para poder activar la competencia del funcionario de 2ª Instancia, quien de esa forma estaría habilitado para poder revisar o resolver el contenido de la impugnación. Entre dichas cargas, acorde con lo reglado en el Libro I, Titulo IV, Capítulo VIII del C.P.P. se encuentran las siguientes:

1) Que la Providencia sea susceptible del recurso de apelación.

   Para tales fines, el Código de Procedimiento Penal hizo una distinción entre autos y sentencias, y determina que las sentencias siempre serían susceptibles de la alzada, mientras que respecto de los autos interlocutorios consagró un listado de actuaciones que serían viables de ser impugnadas mediante el recurso de apelación.

2) Que el recurso sea interpuesto dentro de las oportunidades legales correspondientes y que sea sustentado en debida forma.

   En igual sentido a lo expuesto en el párrafo anterior, el estatuto de procedimiento penal, hizo una distinción en lo que tiene que ver con sustentación de las alzadas interpuestas en contra de sentencias y providencias interlocutorias. Así tenemos que la sustentación de las alzadas interpuestas en contra de sentencias, acorde con lo consignado en el artículo 179 C.P.P. (modificado por el artículo 91 de la Ley 1.395 del 2.010), estas se podrían efectuar ya sea de manera oral o escrita. Si el apelante escogió la modalidad oral, el recurso deberá ser interpuesto y sustentando en la misma audiencia de lectura del fallo; pero en caso de haberse inclinado por la modalidad escrita, la interposición del recurso se debe realizar en la audiencia y dentro de los cinco (5) días subsiguientes, de manera escrita, se presentara la correspondiente sustentación.

   En cambio en lo que tienen que ver con los recursos de apelación interpuestos en contra de autos interlocutorios susceptibles de alzada, según las voces del articulo 178 C.P.P. (modificado por el artículo 90 de la Ley 1.395 del 2.010), la interposición y sustentación del recurso se debe efectuar de manera oral en la audiencia en la cual se tomó la decisión objeto de la impugnación.

   Finalmente, en el tema de la debida o correcta sustentación del recurso, a fin de evitar la declaratoria de desierto, el recurrente tiene la obligación de exponer de manera razonable y plausible las razones de hecho y de derecho por las cuales no comparte la decisión tomada por el Juez de primer nivel. Sobre este tema, para una mejor ilustración,

consideramos pertinente traer a colación lo que la Corte ha expuesto de la siguiente manera:

> "Una sustentación debe entenderse adecuada, cuando está orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo de manera razonable demostrar el desacierto de la misma y las bondades de la tesis que se propone. La sustentación tiene como objetivo atacar o controvertir la tesis expuesta en la decisión, ello se logra presentando razones, destacando falencias, tratando de mostrar el desacierto de la decisión…..."[1].

3) Que le asista interés jurídico al recurrente.

El interés Jurídico que legitima para que una parte pueda interponer un recurso, está relacionado en que sus pretensiones o aspiraciones procesales sufran algún tipo de revés o perjuicio con la decisión impugnada, como bien de vieja data lo ha destacado la doctrina nacional de la siguiente manera:

> "Se sostiene que el agravio da la medida del recurso; este principio procesal no escapa al ordenamiento penal. **Para que las partes puedan interponer los diferentes recursos es necesario que tengan motivos jurídicos para ello, esto es, que la decisión proferida afecte derechos de cualquiera de ellas**.
>
> (:::::)
>
> Como anota MESA VALESQUEZ, **carece de legitimación para recurrir aquella parte a la que no grave o perjudique el acto jurisdiccional**……..."[2].

Al aplicar todo lo antes enunciado al caso subexamine en lo que respecta con el recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público, considera la Sala que a pesar que dicha alzada fue interpuesta y sustentada de manera oportuna en contra de una decisión interlocutoria susceptible del recurso de apelación, como lo es la providencia que

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del diecinueve (19) de Septiembre de 2.012. Radicado # 38137. M.P. FERNANDO CASTRO CABALLERO.
[2] BERNAL CUELLAR, JAIME/ MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO: El Proceso Penal, pagina # 315. 4ª Edición. Año 2.002. Ediciones Universidad Externado de Colombia. (Negrillas fuera del Texto).

imprueba un preacuerdo[3], el recurrente carecía de legitimación para interponer el recurso de alzada por ausencia de interés para recurrir, puesto que la decisión tomada por la Jueza A quo en ningún momento le generó perjuicio o menoscabo alguno a sus intereses jurídicos.

Para demostrar la anterior afirmación, se hace necesario retrotraernos a lo acontecido en el devenir de la audiencia de verificación y aprobación del preacuerdo, celebrada el 3 de Diciembre del 2.012. En dicha vista pública, después de haber finalizado la intervención de la Fiscalía y de haber sido escuchado al apoderado de las víctimas, le fue concedido el uso de la palabra al representante del Ministerio Público, quien se opuso a la aprobación del Preacuerdo con base en los siguientes argumentos[4]: a) Se desconocía los principios de legalidad y los fines que persiguen los preacuerdos; b) El descuento punitivo reconocido al procesado era muy alto, pues se le estaba dando mucho a cambio de nada, en atención a que su colaboración con la administración no era muy significativa; c) Era equivocada la causal especifica de agravación punitiva consignada en el # 11 del artículo 104 C.P. puesto que la condición de mujer de la víctima no fue el móvil del delito, ya que el mismo se perpetró fue por un motivo abyecto o fútil, acorde con la causal de agravación punitiva tipificada en el # 4º del artículo 104 ibídem; d) Se desconocía que la menor fue instrumentalizada por parte del procesado, razón por la que acorde con el contenido de la sentencia # C-121/12, se presentó respecto del imputado un concurso de conductas punibles integrado por los delitos de Homicidio Agravado y Uso de menores de edad en la comisión de delitos; e) El proceder del procesado también se adecuaba al delito de Aborto.

Ahora bien, si cotejamos lo argumentado por el Procurador Judicial con lo decidido por la Jueza A quo, de bulto se observa que le fue dada la razón, puesto que con fundamento en la gran mayoría de los argumentos invocados por el Agente del Ministerio Publico, Vg. La errónea deducción de la causal de agravación punitiva relacionada con la violencia de género; no

[3] Para los fines pertinentes, en lo que tiene que ver sobre este tema, nos remitimos a lo decidido en la Providencia del catorce (14) de mayo de dos mil doce (2012), Radicación # 66001-60-00-000-2011-00145-01, en la cual, la Sala, con ponencia de quien ahora le ha sido encomendada igual misión, fue del criterio que las providencias interlocutorias que aprueban o imprueban un preacuerdo o un allanamiento a cargos, a pesar de no estar incluidas dentro de las hipótesis consignadas en los artículos 176 y 177 C.P.P. también serían susceptibles del recurso de apelación.
[4] Registros # 36: 48 al # 43:00.

incluir en la imputación y el preacuerdo el reato de utilización de menores de edad en la comisión de delitos, etc…. la Jueza Aquo decidió **"no impartirle aprobación al Preacuerdo".**

Lo antes expuesto, nos estaría indicando que en la audiencia fueron satisfechas a plenitud las pretensiones y aspiraciones procesales perseguidas por el Representante de la Sociedad, ya que el preacuerdo no fue aprobado. Tal situación es indicativa que dicho sujeto procesal no sufrió ningún tipo de desmedro o perjuicio con lo decidido, por lo que obviamente, si nos atenemos a todo lo dicho con antelación, carecería de cualquier tipo de interés jurídico para recurrir.

Es cierto que entre lo decidido por la Jueza de primer nivel y lo pedido por el Sr. Agente del Ministerio Público se presentaron una serie de discrepancias, las cuales en opinión de la Sala en nada inciden para desnaturalizar lo decidido, lo cual para todo los efectos procesales se encuentra en consonancia con las aspiraciones procesales expresadas por el Sr. Procurador Judicial Penal durante el desarrollo de la audiencia de verificación del Preacuerdo.

Así las cosas, al estar plenamente demostrado que el Agente del Ministerio Público no estaba legitimado para recurrir lo decido por la A quo el 3 de Diciembre del 2.012, puesto que carecía de Interés, no se estarían cumpliendo con uno de los presupuestos necesarios para que esta Colegiatura adquiera competencia para desatar la alzada. Ante tal situación, a la Sala no le queda otra opción que la de inhibirse para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Agente del Ministerio Público.

A pesar de la decisión inhibitoria tomada por la Sala en lo que tiene que ver con la Alzada interpuesta por el Agente del Ministerio Publico, ello no constituye óbice alguno para que lo expuesto en dicha apelación no sea atendido en calidad de no recurrente, si partimos de la base que cuando el Sr. Procurador Judicial ejerció el Derecho de réplica, sus argumentos prácticamente fue reiterativos y consonantes con lo que ya había dicho sobre esos temas cuando sustento la alzada.

Finalmente, como quiera que la Sala ha resuelto abstenerse de desatar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Procurador Judicial Penal, lo cual puede ser considerado como un tema ajeno a la resolución del recurso de apelación, dicha decisión es susceptible de ser impugnada mediante el recurso de reposición, el cual debe ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley[5].

- Los controles que debe ejercer el Juez de Conocimiento al momento verificar la legalidad de los preacuerdos y las negociaciones.

Como consecuencia de la implementación del Sistema Penal Acusatorio mediante el Acto Legislativo # 03 del 2.002 y la Ley 906 del 2.004, fueron introducidas una serie de innovaciones para la procedencia de los mecanismos de terminación abreviada de los procesos Vg. Allanamiento a cargos y Preacuerdos, al darle una mayor relevancia al derecho que le asisten a los procesados de renunciar a ser juzgados en un juicio oral, público, concentrado e imparcial con inmediación de la prueba, lo que conllevó a que a los Jueces que ejercieran las funciones de Conocimiento le fuesen otorgadas mayores facultades al momento de ejercer el respectivo control de legalidad para la aprobación de dichos mecanismos de terminación abreviada de los procesos penales.

Así tenemos que a partir del momento en que el imputado, acorde con lo consignado en los articulo 8º, literal l, 131 C.P.P. decide renunciar al Derecho que le asiste a ser procesado en un juicio oral, ya sea porque de manera unilateral decidió aceptar los cargos que le fueron enrostrados o porque llegó a algún tipo de acuerdo o convenio con la Fiscalía General de la Nación, surge el deber Constitucional y legal del Juez de verificar la legalidad de dichas actuaciones procesales, a fin de impartirle su correspondiente aprobación o improbación.

Según las voces del artículo 351 C.P.P. una de las finalidades esenciales de los controles que ejerce el Juez de Conocimiento al momento de verificar la

[5] Sobre la procedencia del recurso de reposición en contra de providencias de 2ª instancia, se puede consultar lo decidido por la Sala, con ponencia del suscrito, mediante auto del trece (13) Noviembre del 2012. Radicación # 76001-60-00-193-2012-00356-02.

legalidad de alguna medida de terminación abreviada del proceso penal, tienen como norte verificar si con los mismos se ha presentado algún tipo de vulneración, quebrantamiento o desconocimiento de **«Garantías Fundamentales»**; pero como quiera que dicho término es muy amplio y genérico, se hace imperioso determinar cuál sería su verdadero contexto dentro del escenario del proceso penal. Por ello, en opinión de la Sala, dichas *"Garantías Fundamentales"*, están relacionadas con ese cúmulo de derechos que le asiste a una persona que se encuentre sometida a un proceso jurisdiccional o administrativo, las cuales han sido denominadas como «Debido Proceso». Dentro de ese conjunto de Derechos y Principios que integran el concepto de Debido Proceso, acorde con lo consignado en el bloque de Constitucionalidad[6] y el artículo 29 de la Carta, vale la pena destacar los siguientes: a) El principio de Legalidad; b) La presunción de Inocencia; c) El Derecho a ser asistido, representado y asesorado por un Abogado; d) El Principio del Non Bis Ibídem, etc…

Además de lo anterior, el Juez del Conocimiento, acorde con lo consignado en el articulo 293 C.P.P. (modificado por el artículo 69 de la Ley 1.453 de 2.011), está en la obligación de verificar que el preacuerdo o el allanamiento a cargos este exento de vicios del consentimiento, es decir, que el Procesado para poder llegar al mismo, tuvo que hacerlo de manera consciente, voluntaria, libre, espontánea y debidamente asesorado por su apoderado judicial.

De lo antes expuesto, la Sala colige que los controles que debe ejercer el Juez de Conocimiento al momento de verificar la legalidad de un allanamiento a cargos o de un preacuerdo o negociación, están circunscritos a los siguientes aspectos:

1) Verificar que el acto procesal de terminación abreviada del proceso no esté afectado por ningún tipo de vicios del consentimiento e igualmente que el encausado al momento de allanarse a los cargos o de preacordar con la Fiscalía, lo haya hecho de manera voluntaria, libre, espontánea y con consciencia de lo que hacía; todo ello con el debido acompañamiento y asesoría de un profesional del Derecho.

[6] Artículo 8º de la Ley 16 de 1.972 {Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos} y artículo 14 de la Ley 74 de 1.968 {Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos}.

2) Que el preacuerdo o la negociación sean respetuosos de los fines que filosóficamente justifican su existencia, así como de los postulados que orientan el Derecho Premial.

3) El Preacuerdo o la negociación debe ser respetuoso de los postulados que orientan el Principio de Legalidad. Lo cual quiere decir que no puede existir duda alguna sobre la adecuación típica de la conducta punible objeto del convenio. Igualmente en aquellos casos en los cuales se haya tasado la pena, esta debe obedecer los principios y las funciones que la rigen así como las reglas de dosimetría punitiva.

   Al respecto, la Corte expuso lo siguiente:

> "Adicionalmente, si la fiscalía hace expresa su pretensión punitiva, la misma debe ser respetuosa tanto del principio de legalidad, esto es, fijada dentro de los límites fijados en la ley para el tipo penal que corresponda según los derroteros plasmados en la formulación de la acusación, como de la exigencia de motivación cuantitativa y cualitativa, para que el juez de conocimiento, si no encuentra objeción por quebranto a garantías fundamentales, pueda llevar lo acordado a la sentencia (artículo 370)……"[7].

4) Que exista un mínimo probatorio que desvirtué la presunción de inocencia que le asiste al procesado y que por ende se cumplan con los requisitos que son necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria.

   Sobre este requisito, la Corte se ha manifestado en el siguiente sentido:

> "En todos los casos es obligatoria la intervención del juez de conocimiento quien pronunciará fallo condenatorio solamente cuando constate que el preacuerdo se realizó sin vicios del consentimiento, y respetando los derechos fundamentales y garantías procesales del procesado. Además, le corresponde verificar la concurrencia de evidencias y elementos de prueba que, si bien no necesariamente deben aportar conocimiento más allá de toda duda —grado de certeza exigido en el artículo 381 del Código de

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso # 24531. Sentencia del cuatro de mayo de dos mil seis. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

> Procedimiento Penal de 2004– acerca del delito y de la responsabilidad del acusado, sí deben conducir a establecer la tipicidad y antijuridicidad de la conducta aceptada por el incriminado, y a señalarlo como su más posible autor y responsable……..”[8].

5) Verificar que exista una especie de coherencia entre el núcleo fáctico de la formulación de la imputación y la calificación jurídica de los hechos, los cuales a su vez se constituyen en el norte que deben ser tenidos en cuenta por las partes respecto de los hechos y delitos que son objeto del preacuerdo o del allanamiento a cargos.

En lo que tiene que ver con este tema, el criterio asumido por la Corte ha sido el siguiente:

> “En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el nomen iuris de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cualquier error en la denominación jurídica de la conducta no implica que tenga algún tipo de relevancia dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones, pues, más allá de la intangibilidad de la situación fáctica inicialmente atribuida, lo que debe confrontar el juez de conocimiento es que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes realizan su consenso……”[9].

6) El tema objeto de control de legalidad por parte del Juez de Conocimiento, lo constituirían las premisas fácticas y jurídicas, es decir los hechos jurídicamente relevantes y su correspondiente calificación jurídica, que fueron plasmadas ya sea en la formulación de la imputación o en el escrito de acusación.

---

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia Única Instancia de marzo diecisiete (17) de 2009.Proceso # 30978. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.
[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 27 de octubre de 2008. Proceso rad. 29.979. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Lo antes expuesto, quiere decir que en caso que el Juez de conocimiento perciba que eventualmente la conducta del procesado se adecue típicamente en otro delito que no fue objeto del preacuerdo ni por el cual se le haya impetrado cargos en su contra, no le sería válido ejercer ningún tipo de control sobre tales eventuales omisiones en las que incurrió la Fiscalía para de esa forma proceder a improbar la negociación, puesto que se estaría desconociendo el norte de la misma: *los hechos jurídicamente relevantes y su correspondiente calificación jurídica con los cuales fue erigida la formulación de la imputación o el escrito de acusación*; además, con tal proceder el Juez del Conocimiento prácticamente estaría usurpando el principal rol de la Fiscalía: la titularidad de la acción penal, lo que conllevaría al quebrantamiento de una de las espinas dorsales del sistema penal acusatorio: La división de funciones de Investigación y Juzgamiento.

Pero tales eventuales situaciones, no constituyen óbice alguno para que el Juez Cognoscente pueda impartir una aprobación parcial del acuerdo que le fue puesto a su consideración y ordene la correspondiente compulsa de copias, previa ruptura de la unidad procesal.

Tal solución ha sido prohijada por la Corte de la siguiente manera:

> "Debe insistir la Sala en que el ideal del proceso penal se contrae a que, tanto la investigación como la imputación se ciñan a "HECHOS COMPLETOS", esto es, a aquellos que "revistan características de un delito", es decir, a los hechos jurídicamente relevantes (artículos 114 – 1, 200 inc. 1, 288 – 2 del C. de P.P.)[(10)], en suma, la imputación debe ser tanto **fáctica**, como **jurídica**, siendo el contenido de imputación asunto de interés no sólo de la fiscalía que es el órgano constitucionalmente encargado de la función de acusar, sino de todas las partes e intervinientes involucradas en el proceso penal: el Ministerio Público, la defensa, las víctimas, los perjudicados, los terceros, en tanto que el núcleo del proceso penal (que es la determinación

([10])"… los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo especifico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350, incisos 1° y 2°, de la Ley 906 de 2004, y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351, inciso 2°, de la citada Ley). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, sentencia del 08 de julio de 2009, rad. núm. 31063.

de responsabilidad relativa a la imputación) les concierne –*en lealtad y por igual*- a todos los actores del proceso.

La apelante (representante legal del perjudicado, reconocido como tal) alegó que contra la funcionaria acusada… *"sólo se habla del delito de prevaricato, pero se deja de lado el de privación ilegal de la libertad y hasta una tentativa de concusión, y más adelante hasta de un concierto para delinquir…"* (fl. 77 / 1; ib. nota 8), comportamientos que quizá se derivaron de la conducta prevaricadora objeto del preacuerdo cuya aprobación cuestiona.

Y si ello es así, lo perceptible es que la procesada pudo haber incurrido en un concurso heterogéneo de conductas punibles (jurídico penalmente relevantes), una de ellas contra la administración pública (que fue objeto de preacuerdo), y otras contra diferentes bienes jurídicos.

Si alega la representante del perjudicado (sr. De Vivero) que se omitió investigar y acusar a la procesada por el delito heterogéneo, concurrente de privación ilegal de la libertad derivado de la acción prevaricadora (artículo 174 del C.P.), lo predicable naturalmente es que la conducta contra el bien jurídico de la libertad individual no ha sido objeto de investigación penal como lo dijo –con total claridad- el Juez colectivo del conocimiento:

"En cuanto a que se dejó de investigar el delito de privación ilegal de la libertad (o cualquier otro delito) *que se derivó de la acción prevaricadora, no constituye factor que propicie la no aprobación o invalidación del preacuerdo, por cuando dicho delito no fue imputado, como tampoco se incluyó en el escrito de acusación, siendo posible que la fiscalía lo investigue por separado"* (fl. 78, segundo párrafo).

(::::::)

Cuando esto sucede (vale decir, quedan delitos por fuera de la acusación), lo perceptible es el rompimiento de la unidad procesal para que en un proceso diverso se instruya(n) y se juzgue(n) la(s) conductas que no fueron materia de averiguación (art 53 – 4, del C. de P.P.)[11], y en aquel proceso se harán parte las víctimas de tales

([11])"El principio de unidad procesal, investigación y juzgamiento de delitos conexos es la regla general pero admite excepciones… la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.
En reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido:
"...1. Dentro de las pautas definidas por el legislador para el ejercicio de la acción penal, prevé el artículo 89 del estatuto procesal penal, como regla general, que por cada conducta punible se adelante una sola actuación procesal cualquiera que sea el número de autores o partícipes que concurran a su realización, instituto conocido bajo la denominación de "unidad procesal", el cual admite como válida excepción la relativa al procesamiento de delitos conexos cuya investigación y juzgamiento ha de procurarse conjuntamente.

comportamientos y alegarán las relaciones efectivas a que tienen derecho (artículos 102 - 108 del C. de P.P)....."[12].

Recapitulando sobre las hipótesis antes enunciadas, y en lo que tiene que ver con el problema jurídico propuesto, seria válido colegir que el Juez de la Causa tiene una serie de limitaciones en lo que respecta con los controles de legalidad que le correspondería ejercer al momento de revisar la calificación jurídica de un delito plasmado en un preacuerdo o negociación, puesto que debe verificar que exista una especie de correspondencia entre el núcleo fáctico de la imputación y su adecuada calificación jurídica, lo cual quiere decir que en caso que se desconozca dicha congruencia, se estaría presentado una violación al Debido Proceso, que autorizaría al Juez de Conocimiento para improbar el preacuerdo. Pero cuando es correcta la equivalencia que debe existir entre las premisas fácticas y su calificación jurídica, pero el Juez del Conocimiento llega a la conclusión que de los medios de conocimiento se desprende la eventual existencia de otros delitos que no fueron objeto de la formulación de la imputación ni de la negociación, lo correcto no sería improbar el preacuerdo, sino impartirle una aprobación parcial al mismo y ordenar la correspondiente ruptura de la unidad procesal.

Al aplicar lo antes expuesto al caso subexamine, considera la Sala que en un principio le asistiría la razón a las tesis propuestas por los recurrentes en sus respectivas Alzadas, puesto que la Jueza A quo se excedió un tanto al hacer uso de los controles que detentaba para verificar la legalidad del preacuerdo en lo que tiene que ver con aquellas hipótesis en las cuales la Fiscalía omite u olvida imputar delitos en contra del procesado que posiblemente estaban demostrados en la investigación, los cuales también debieron hacer parte de la negociación.

A su turno, prescribe la misma disposición que la ruptura de la unidad procesal, y paralelo a ella la de su excepción referida a la investigación y juzgamiento de delitos conexos, no genera nulidad, al punto que es la propia ley la que contempla toda suerte de posibilidades a las que válidamente puede acudirse para remediar tales defectos, v.gr. el procedimiento de acumulación de penas o la posibilidad de compulsar copias para que por separado se investigue alguna conducta punible no cobijada en la acusación, reservándose aquél remedio extremo sólo para los eventos en que la ruptura comporta afectación de garantías constitucionales…
Aun cuando puedan ser ciertos sus reparos porque evidentemente la duplicidad de actuaciones en nada colabora a la realización del postulado de economía procesal, ello por sí sólo no conduce a que se tenga por estructurado un vicio que deba remediarse mediante el decreto de la nulidad...". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, sentencia del: 23 de octubre de 2006, rad. núm. 24904.

[12] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del quince (15) de septiembre de dos mil diez (2010). Proceso # 34787. M. P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO. (Negrillas fuera del texto).

Como bien lo hemos manifestado con antelación, la negativa de la Jueza A quo para no impartirle aprobación al preacuerdo, estuvo fundamentada en la tesis consistente en que la Fiscalía se abstuvo de incluir, tanto en la formulación de la Imputación como en la negociación, el reato tipificado en el articulo 188D C.P. denominado como *"Uso de menores de edad en la comisión de delitos"*, el cual, en opinión de la Jueza de Primer nivel, se encontraba acreditado con los medios de conocimiento recopilados durante la investigación. Pero es de anotar que dicho delito supuestamente preterido no fue objeto de la formulación de la imputación ni de la negociación; además, salvo unos yerros en uno de los agravantes específicos, la calificación jurídica de la cual fue objeto la formulación de la imputación prácticamente se encontraba en consonancia con los hechos jurídicamente relevantes. Ello quiere decir que a la Jueza A quo le estaba vedado hacer cualquier tipo de análisis sobre hechos y delitos que eran ajenos y extraños a la formulación de la imputación y a la negociación, puesto que el Norte que orientaba el control de legalidad, lo constituían los hechos y los delitos sobre los que recayó la negociación, los cuales, insistimos, debían estar en congruencia con los hechos jurídicamente relevantes con los que se edificó la formulación de la imputación.

Ahora bien, de ser correcto el criterio expuesto por la Jueza A quo en el sentido que la conducta presuntamente imputada al Procesado se adecuaba típicamente al punible de *"Uso de menores de edad en la comisión de delitos"*, lo correcto hubiese sido el impartirle la correspondiente aprobación al preacuerdo, en caso que la negociación hubiese superado el tamiz de la legalidad, y proceder tal y cual como lo ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el precedente antes citado: **decretar la ruptura de la unidad procesal y ordenar la correspondiente compulsa de copias para la investigación y juzgamiento de lo demás reatos supuestamente preteridos.**

No desconoce esta Colegiatura que durante el desarrollo de la Vista Publica se presentó un interesante debate respecto de los Delitos de *"Uso de menores de edad en la comisión de delitos"* y *Aborto sin consentimiento*, tipificados respectivamente en los artículos articulo 188D y 123 C.P. pero lamentablemente considera la Sala que la presente Alzada no es el

escenario idóneo para pronunciarnos sobre dichos delitos, puesto que además de incurrir en una especie de prejuzgamiento, prácticamente estaríamos maniatando a la Fiscalía y a los demás sujetos procesales con la posición que asumiéramos sobre la naturaleza jurídica de dichos delitos y su presencia en el presente proceso. Por ello, consideramos que lo más pertinente es que la Fiscalía deba profundizar a un mas la investigación sobre la eventual ocurrencia de dichos delitos, y una vez que tenga en su poder los elementos de juicio necesarios, decida si formula una nueva imputación por dicho reatos o adiciona la ya efectuada por el presunto delito de Homicidio Agravado, o en su defecto le solicita al Juez de Conocimiento la correspondiente preclusión.

Recapitulando, tenemos que si bien es cierto que le asiste la razón a los recurrentes en las tesis invocadas en sus sendas alzadas, el criterio de la Sala apunta a que a pesar de ello el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa no ha superado con éxito el correspondiente control de legalidad al que debe ser sometido. Así tenemos que como bien lo resaltó tanto la Jueza A quo como el Ministerio Publico, al momento de la formulación de la imputación se incurrió en una serie de errores en la calificación jurídica de uno de los agravantes específicos pregonados en contra del procesado, lo que dio lugar a una especie de divorcio o incongruencia entre los hechos jurídicamente relevantes y su correspondiente calificación jurídica, lo cual conspira de manera negativa en la legalidad de la negociación.

La causal específica de agravación punitiva del delito de homicidio que de manera errónea le fue enrostrada al procesado fue la consignada en el # 11º del artículo 104 C.P. relacionada con la condición de mujer como el móvil determinante para la comisión del delito, lo que es errado como atinadamente lo exponen tanto la Jueza A quo como el representante del Ministerio Publico, puesto que la verdadera causa que catalizò la comisión del delito fue el estado de embarazo de la víctima, lo cual generó una situación de angustia y de estrés en el encausado, como bien lo afirmó la menor **“M.C.CH.O”**, cuando absolvió interrogatorio, lo que posteriormente fue confirmado por el mismo procesado cuando dijo *su* verdad en la audiencia de formulación de la imputación.

Luego, si no fue la condición de mujer la causa determinante del homicidio, pues insistimos no estamos en presencia de un caso de violencia de género, sino su condición de estar embarazada, tal situación generaría un estado de repugnancia y de vileza que configura la causal de agravación punitiva del delito de homicidio consagrada en el # 4º del artículo 104 C.P. como motivo abyecto o fútil.

Con fundamento en ello, podemos concluir que en el presente asunto, en lo que tiene que ver con una de las causales especificas de agravación punitiva del delito homicidio enrostradas al procesado, las cuales fueron incluidas en la negociación, se presentó una incongruencia entre el núcleo fáctico de la imputación y su calificación jurídica, lo cual, como bien lo hemos enunciado con antelación, habilitaba al Juez de Conocimiento para no impartirle aprobación al Preacuerdo por generarse una de las hipótesis de vulneración de *"Garantías Fundamentales"* por afectación del Debido Proceso.

Pero no solamente lo antes expuesto se erigía como motivo para improbar el preacuerdo, puesto que existían otras hipótesis de vulneración de garantías fundamentales, entre las cuales se encuentra una de las tesis invocadas por el Sr. Procurador Judicial para manifestar su oposición a la aprobación de dicha negociación, la cual tiene relación con el desconocimiento de los fines que orientan a los preacuerdos y los postulados del Derecho Premial. Es de anotar que la Sala comparte los atinados cuestionamientos que sobre esos tópicos el Sr. Agente del Ministerio Público le atribuyó al preacuerdo, en atención a que efectivamente son excesivos los descuentos punitivos del 50% de la pena a imponer que le fueron reconocidos al Procesado, quien prácticamente no ha dado nada a cambio para así poder hacerse acreedor de tales beneficios.

Ello si se tiene en cuenta que los preacuerdos y las negociaciones se rigen por los postulados que orientan el Derecho Premial, los cuales están erigidos en una ecuación que linda entre el pragmatismo, el utilitarismo y la conmutatividad. Tal situación nos estaría indicando que durante el desarrollo de una negociación, con el fin de evitar que el reconocimiento de descuentos o beneficios punitivos sean considerados como una especie de caprichosa gracia o merced, lo que obviamente repercutiría negativamente

en el aprestigiamiento de la Administración de Justicia, se hace necesario que la Defensa deba dar algo a cambio y que *ese algo a cambio sea oportuno, significativo, relevante y útil*. Por lo que obviamente entre más significativo, relevante y útil sea el aporte dado por la Defensa, mayores serán los beneficios que se le reconocerán al Procesado. Asimismo, entre menor sea el desgaste para la Administración de Justicia, mayor será el quantum del beneficio reconocido al Procesado.

Al aplicar lo antes expuesto al caso subexamine, observamos que cuando la Defensa decidió preacordar con la Fiscalía, lo hizo como consecuencia de una investigación que ya estaba consolidada en la cual existían suficientes elementos de juicio que comprometían la posible responsabilidad criminal del Procesado GAÑAN ALVAREZ en la comisión del delito. A dicha consolidación de la investigación se pudo llegar como consecuencia de la confesión absuelta por la menor **"M.C.CH.O"**, con la cual se pudo verificar y comprobar en su gran mayoría las hipótesis formuladas por la Fiscalía en el programa metodológico.

Por lo tanto, si ya la investigación estaba consolidada, puesto que existía con suficiencia elementos de conocimiento que de manera clara y categórica establecían todo lo relacionado con los móviles y las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos, considera la Sala que la decisión tomada por el procesado de allanarse a los cargos y de contar *su verdad*, que fue objeto del preacuerdo, prácticamente no le ha prestado ningún tipo de utilidad o de eficaz colaboración a la Administración de Justicia, puesto que tal colaboración tuvo como su eje central eventos que ya se habían esclarecidos en debida forma, presentándose de esa forma una especie de *llover sobre mojado*. Por ello creemos que la decisión del Procesado de acudir la vía del preacuerdo, posiblemente tuvo como causa determinante el peso y la contundencia de las evidencias habidas en su contra y no su deseo de colaborar con la Administración de Justicia.

Todo lo antes expuesto quiere decir, como atinadamente lo expone el Sr. Procurador Judicial, que al Procesado, por su pírrica y parca colaboración con la Administración de Justicia, se le dio mucho a cambio de poco. Tal situación estaría desconociendo los postulados que orientan el Derecho

Premial, el cual hace parte del Debido Proceso, y de los fines que orientan los preacuerdos y las negociaciones, al poner en tela de juicio el prestigio de la Administración de Justicia, pues con tales negociaciones se le está enviando un errado mensaje a la Comunidad, en el sentido que los presuntamente implicados en delitos graves y de gran connotación, a cambio de nada, son premiados con gentiles y generosos descuentos punitivos, lo que obviamente no puede ser tolerado por la Judicatura al momento de ejercer los correspondientes controles de legalidad sobre los preacuerdos y las negociaciones.

Siendo así las cosas, considera esta Colegiatura, que a pesar que le asiste la razón a los recurrentes, existen otras válidas razones para no impartirle aprobación al preacuerdo de marras, puesto que con dicha negociación, tal y cual como lo ha demostrado la Sala, se afectaron derechos y garantías fundamentales propios del Debido Proceso.

Ante tal situación, la Sala, con base en las anteriores consideraciones, confirmara la providencia impugnada.

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

R E S U E L V E:

1) Abstenernos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Publico en contra de lo decidido por la Jueza A quo en la audiencia celebrada el 3 de Diciembre del 2.012.

2) Confirmar la decisión objeto del recurso de apelación, en virtud de la cual en audiencia celebrada el 3 de Diciembre del 2.012, el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa de Cabal con Funciones de Conocimiento, improbó un Preacuerdo pactado entre la Fiscalía General de la Nación y la Defensa.

3) Declarar que en contra de la providencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Defensa y el Fiscal Delegado, no procede recurso alguno; mientras que en contra de la decisión de inhibirse de desatar el recurso de apelación interpuesto por el Agente del Ministerio Publico, procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en las oportunidades procesales pertinentes.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS POR ESTRADO

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ
Secretario