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: PREACUERDOS / REQUISITOS / CONTROL DE LEGALIDAD / FACULTADES DE LA FISCALÍA / LIMITANTES.**

… es cierto 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.

De igual manera, se debe tener en cuenta 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. (…)

El acuerdo entre la Fiscalía y la Defensa se suscribió sin tener en cuenta las directrices formuladas por el Fiscal General de la Nación en la directiva # 001 del 23 de julio del 2.018, en la que se trazaron unas pautas que los Fiscales Delegados deben acatar al momento de entablar negociaciones con la Defensa en las cuales el tema a tratar tenga que ver con el reconocimiento en favor del acriminado de las circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 C.P. (…)

Es de anotar que en dicha Directiva se le fijaron unos límites a las facultades que le asistían a los Fiscales Delegados para suscribir preacuerdos con la Defensa…

**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 No. 041 del 30 de enero de 2019. H: 7:30 a.m.

Pereira, enero treinta y uno (31) de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 08:45 a.m.

Procesado: J.E.M.R.

Rad. # 66001 60 00 000 2018 00097

Delitos: Homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego

Asunto: Apelación auto que imprueba preacuerdo

Decisión: Confirma 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 Procesado **J.E.M.R., (A) “El Negro”**, en contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del veintisiete (27) de septiembre del 2.018, en virtud del cual se improbó un preacuerdo suscrito entre la Defensa y el Ente Acusador dentro del proceso que se adelanta en contra de J.E.M.R. por haber incurrido en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia entre la calle 15 y la carrera 12B de esta municipalidad a eso más o menos de las 17:20 horas del 28 de febrero del 2.018, y están relacionados con el asesinato del Letrado que en vida respondía por el nombre de CESAR AUGUSTO MAYA GÓMEZ, quien fue baleado por un sujeto en el momento en el que se encontraba dialogando con una mujer frente a las dependencias en donde funciona la sede de la Notaria 6ª del Circulo Notarial de esta localidad.

Como resultado de las pesquisas adelantadas por la Policía Judicial, se pudo averiguar que el óbito residía en el municipio de Cartago, en donde ejercía su actividad profesional, y que a la víspera de los hechos fue convocado por una mujer para que se trasladara a esta municipalidad con el propósito que le atendiera un asunto relacionado con un supuesto divorcio. De igual manera, como resultado de las investigaciones, se esclareció que la fémina que contactó al abogado CESAR AUGUSTO MAYA GÓMEZ fue la Sra. MARÍA CAMILA RESTREPO, quien le tendió una celada para que acudiera al sitio en donde posteriormente fue asesinado a mansalva por J.E.M.R. (A) “El Negro”, quien el propino tres impactos con un arma de fuego, los que le segaron la vida al abogado.

Después de cometido el asesinato, el sicario se dio a la huida en una camioneta de placas COG-132, piloteada por JULIÁN ACEVEDO CASTAÑO, la cual lo espera en un sitio cercano al de la ocurrencia de los hechos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Luego que la Fiscalía identificó a los presuntos implicados en la comisión del crimen, en las calendas del 4 de julio de 2.018, acudió ante el Juzgado 2º Penal Municipal, con funciones de control de garantías, de Dosquebradas, con la finalidad que se librara una orden de captura en contra de los ciudadanos MARÍA CAMILA RESTREPO; J.E.M.R. y JULIÁN ACEVEDO CASTAÑO.
2. Una vez que se materializaron las órdenes de captura, los días 8 y 9 de julio del 2.018, ante el Juzgado 3º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, se llevaron a cabo las audiencias preliminares del caso, en las cuales: a) Se le imprimió legalidad a la captura de los ciudadanos MARÍA CAMILA RESTREPO; J.E.M.R. y JULIÁN ACEVEDO CASTAÑO; b) A los entonces indiciados se le imputaron cargos, que no aceptaron, por incurrir en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado (artículos 103 y 107, # 7º, C.P), y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (artículo 365 C.P), en consonancia con las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el # 10º del articulo 58 C.P.; c) A los Procesados se les definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
3. Como quiera que el ahora Procesado J.E.M.R., (A) “El Negro”, desde el momento en el que fue capturado, había expresado su deseo de colaborar con la administración de justicia, tanto es así que absolvió una diligencia de interrogatorio de indiciado en la cual confesó, de manera calificada, su participación en los hechos de sangre y delató a sus compinches, el Ente Acusador, en las calendas del 18 de agosto del 2.018, procedió a suscribir con la Defensa un preacuerdo, el cual fue presentado a la Judicatura para su respectiva aprobación.
4. Los términos del preacuerdo consistían en que el Procesado J.E.M.R., (A) “El Negro”, admitía los cargos que se le endilgaron en su contra por incurrir en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado (artículos 103 y 107, # 7º, C.P), y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (artículo 365 C.P), en consonancia con las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el # 10º del articulo 58 C.P. a cambio que el Ente Acusador reconociera que cometió el delito bajo el influjo de las circunstancias de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema consagradas en el artículo 56 C.P. y en consecuencia se debía reconocer las atemperantes punitivas del caso, lo que implicaría que al Procesado se le debía imponer una pena de 12 años de prisión, dosificados de la siguiente manera: 11 años por el delito de homicidio agravado, y un año por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.
5. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual, en las calendas del 27 de septiembre del 2.018, se celebró la vista pública pertinente, en la que la Fiscalía, con la anuencia del apoderado de la víctima y la Defensa, expuso las razones de hecho y de derecho por las que en su opinión se le debía imprimir aprobación al preacuerdo pactado con la Defensa. Es de anotar que en el devenir de esa vista pública también intervino el Agente del Ministerio Publico, quien se opuso a que fuera avalado el preacuerdo de marras.
6. Luego de escuchar a las partes e intervinientes, el Juzgado *A quo* decidió no impartirle aprobación al preacuerdo suscrito entre la Defensa y el Ente Acusador. En contra de dicha decisión, se alzaron de manera oportuna tanto la Defensa como la Fiscalía.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en la cual no se aprobó el preacuerdo sometido a su verificación, por considerar que a pesa a ser un hecho cierto que acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Suprema de Justicia, se ha establecido que a los Jueces de Conocimiento les está vedado irrumpir en los preacuerdos que celebra el Ente Persecutor con la Defensa, pero de todas forma, pese que pese al amplio margen de discrecionalidad que le ha dado la jurisprudencia a la Fiscalía frente a este tema, el Legislador también le puso unas limitantes a la Fiscalía para que al momento de celebrar preacuerdos no olviden que con esos actos lo que se busca es aprestigiar a la administración de justicia, evitando sus cuestionamiento; aunado a que de acuerdo con lo reglado en el artículo 348 C.P.P. los Delegados Fiscales al momento de celebrar sus negociaciones, deben atender las directivas emanadas su superior.

En suma, en el proveído confutado se concluyó que si bien le está vedado a los Jueces hacer un control material sobre los preacuerdos, lo cierto es que la misma Ley en el artículo 351, inciso 4 del C.P.P., le otorgó la posibilidad de ejercer un control formal frente a los mismos, a fin de que se respeten las mínimas garantías fundamentales, las cuales fueron desconocidas por las partes en el preacuerdo puesto a consideración para su aprobación por lo siguiente:

* La tasación de la pena ofertada desconoce las pautas trazadas en materia de política criminal, atentándose contra las bases del derecho premial, como quiera que hay una evidente desproporción punitiva, que no se compadece de los bienes jurídicos que fueron afectados, al tratarse de una conducta grave como lo es quebrantar la vida, derecho en el cual convergen todos los demás inherentes al ser humano.
* Se están infringiendo los derechos de las víctimas, y a pesar de que se cuenta con una constancia aportada por una servidora judicial y por lo manifestado por la apoderada de víctimas, en el sentido de que los familiares del occiso no se encontraban interesados en ser parte en este trámite por temor a retaliaciones, de todos modos se debe velar por las garantías de las víctimas.
* Lo acordado conllevaba hacia un desprestigio de la administración de justicia.

**LAS ALZADAS:**

**a) El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía:**

Como tesis para expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el presente asunto por el Juzgado A quo, la Fiscalía expuso lo siguiente:

* Con lo pactado entre las partes en momento alguno se ha desconocido los derechos a las víctimas, quienes en los actos urgentes solo participaron en la indagación, y luego se desatendieron de la misma. Pese a ello, se le designó a una Letrada para que representara sus intereses, quien acudió a la vista pública y expreso cuál era su postura frente a lo acordado.
* La Fiscalía tiene la prerrogativa de suscribir preacuerdos con su contraparte, y lo acordado entre la Fiscalía y la Defensa en momento alguno vulneró derechos y garantías, por lo que en consecuencia lo estipulado tenía efectos vinculantes que implicaban su respectiva aprobación por parte de la Judicatura.
* No se desconoció la Directiva # 01 de 2.018, anunciada por el Juzgado y el Procurador Judicial, porque está no era aplicable al caso debido a que la directiva de marras data del 23 de julio del 2.018, y los hechos ocurrieron en febrero del 2.018, momento desde el cual la Fiscalía le dio la opción de negociar al Procesado por la información brindada frente a los hechos.
* La pena de 12 años de prisión, acordadas en el preacuerdo, fue tasada correctamente, ya que al reconocerse los descuentos de la marginalidad, la pena a imponer se encontraba entro de los parámetros comprendidos entre los 5½ años y los 17 años de prisión.
* No era cierto que el único presupuesto para conceder la marginalidad en el presente asunto era el grado de escolaridad del Procesado, toda vez que desde la diligencia de interrogatorio practicada al entonces indiciado J.E.M.R., se promovió el preacuerdo con base en la información brindada por éste, la cual permitió otra captura, y posiblemente futuras, entre ellas la de los autores intelectuales del homicidio, de lo cual no sería posible sin la colaboración del Procesado.
* La decisión tomada por el Juzgado A quo desconoce lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en varios fallos de tutela, en los cuales, frente a pronunciamientos proferidos en casos similares por esta Colegiatura, se ampararon los derechos de los procesados y las prerrogativas de la Fiscalía para suscribir preacuerdos, en los que se reconocían las circunstancias de marginalidad en favor de los acriminados, las que no podían ser objeto de cuestionamientos por parte de la Judicatura, siempre y cuando esas negociaciones se encontrasen ajustadas a límites legales.

**b) El recurso de apelación interpuesto por la Defensa:**

La inconformidad expresada por el recurrente en contra del proveído confutado, se sustentó en los siguientes argumentos:

* El Juzgado *A quo* se equivocó al compartir la tesis propuesta por el representante del MINISTERIO PÚBLICO, porque con lo preacordado en momento alguno se le está enviando un mensaje errado de impunidad a la comunidad, ya que no era cierto que se trata de un principio de oportunidad con la negociación a que se llegó con el señor J.E.M.R., el cual se había sido solicitado en un inicio, pero que el Fiscal no lo consideró viable, y en consecuencia se pactó un preacuerdo bajo la aplicación de la diminuente por marginalidad, condición que podía ser constatada en los elementos allegados por el Fiscal, sin desconocer que la información aportada por su prohijado fue contundente al momento de proferir otras capturas.
* Con lo acordado en momento alguno se estaba desprestigiando la Administración de Justicia al desconocerse las directivas emanadas del Fiscal General de la Nación, la cual no era de obligatorio cumplimiento por parte de su Delegado Fiscal, porque las actividades desplegadas por los Fiscales no se podían poner en tela de juicio.
* Con lo acordado en momento alguno se vulneraron los derechos de las víctimas, los cuales han permanecido incólumes, por lo que no existía razón valedera alguna para que el preacuerdo fuera improbado.

Con base en los anteriores argumentos, los apelantes solicitaron la revocatoria del proveído confutado, y que en consecuencia se le impartiera aprobación al preacuerdo puesto a consideración de la Judicatura.

**LAS RÉPLICAS:**

**a) La apoderada de las víctimas:**

La apoderada de víctimas como no recurrente, expresó que coadyuvaba los argumentos de la Fiscalía, al aducir que pese a que las víctimas no se quisieron hacer presentes, de todas maneras tenían conocimiento del preacuerdo que se estaba poniendo en consideración de la Judicatura.

**b) El Ministerio Público:**

El representante del Ministerio Público se opuso a las tesis de la discrepancia propuesta por los apelantes y solicitó que la confirmación de la providencia apelada, y para ello expreso lo siguiente:

* En momento alguno se ha desconocido la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, ya en un fallo proferido el 14 de julio de 2.018, por Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, radicado # 110010204000 2018 00748 01, sentencia # 7735 de 2.018, en un caso similar relacionado con la aplicación de una condición de marginalidad en un evento de homicidio, en donde se improbó una negociación al propender por los derechos de las víctimas, en atención a que las penas deben ser proporcionales a la agresión, dicho Alto Tribunal expuso que la marginalidad se encontraba infundada.
* Se debe tener en cuenta un proveído proferido el 12 de junio de 2.018, radicado # 11001600020 2013 01896, por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso seguido en contra del señor CÉSAR NORVEY BARRANTES ARIZA, en el que se reprochó el reconocimiento de una marginalidad en un caso de homicidio en calidad de sicariato, decisión que hizo un amplio alcance frente a las potestades que tiene el Juez para examinar este tipo de asuntos, por el respeto que merecen las víctimas al hablarse de la necesidad que debe existir frente a una sanción proporcional.
* La pena pactada es irrisoria frente a la pena que debería imponérsele al señor J.E.M.R. al incurrir en los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas, la cual podría estar cercana a los 40 o 50 años de prisión, entonces al tratarse de una pena de 12 años se tornaría desproporcional al daño causado, ahora bien, expuso el Procurador Judicial, que el hecho que las víctimas en el presente asunto no estén actuando, no es un comportamiento que infiera que se encuentran de acuerdo con lo pactado.
* El Fiscal General de la Nación expidió la directiva # 01 de 2.006 y la # 01 de 2.018, mediante las cuales se advirtió cuando se podía hacer concesiones, o acordar formas más benignas que impliquen rebajas punitivas, siempre y cuando no se varíe la denominación del delito en que se participa, además de la prohibición de celebrar negociaciones en delitos que atenten contra la seguridad pública, respectivamente. Conforme a lo anterior, señaló que esas directrices son de obligatorio acatamiento, en atención a lo dispuesto por el artículo 348 del C.P.P., como en múltiples decisiones emanadas de la Corte Constitucional, entre ellas las sentencia # C-568 de 1.994, C-047 de 1.996, C-1092 de 2.003, C-591 de 2.005, C-979 de 2.005 y C-1260 de 2005, en las cuales se dijo que los Delegados Fiscales no pueden desconocer lo dispuesto por sus superiores, como quiera que estos no gozan del mismo grado de autonomía de los Jueces, por tratarse de una institución que es un solo cuerpo.

**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 desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían o no con los presupuestos necesarios para que el Juzgado *quo* impartiera aprobación a un preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa del Procesado J.E.M.R., (A) “El Negro”, en el cual, como contraprestación por la aceptación de la responsabilidad criminal endilgada al encausado por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en Ente Acusador le reconocía las atemperantes punitivas del estado de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema consagradas en el artículo 56 C.P.?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que el eje central de la controversia surgida como consecuencia de lo resuelto y decidido en el presente asunto por parte del Juzgado *A quo*, gira en torno de las facultades que le asiste a la Judicatura en el escenario de la aprobación de los preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y la Defensa que han sido puestos a consideración de los Jueces de Conocimiento, como punto de partida la Sala dirá que si bien es cierto 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.

De igual manera, se debe tener en cuenta 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.

Lo antes expuesto, nos quiere decir que solo después de pasar por el tamiz de la Judicatura, es que empezaría a dimanar los efectos vinculantes de los preacuerdos, y para ello, a fin de determinar cuándo lo pactado entre las partes podría generar una eventual vulneración de derechos y garantías fundamentales, al efectuar el aludido control de legalidad, los Jueces de Conocimiento les correspondería verificar lo siguiente:

* Que exista un mínimo probatorio que desvirtué la presunción de inocencia que le asiste al procesado, y por ende que se cumplan con los requisitos que son necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria en su contra[[1]](#footnote-1).
* 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.
* Que no exista ninguna prohibición o limitación, constitucional o legal, que condicione o proscriba la celebración del acuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa.
* Constatar que los preacuerdos cumplan con los fines consagrados en el artículo 348 C.P.P. entre ellos el aprestigiamiento de la administración de justicia*[[2]](#footnote-2)*; e igualmente que los mismos sean respetuosos de los postulados que orientan el Derecho Premial.
* Los Fiscales, al momento de preacordar con la Defensa, acorde con lo reglado en el # 3º del artículo 251 de la Carta, que regulan los principios de unidad de gestión y de jerarquía, deben acatar las directrices trazadas por parte del Fiscal General de la Nación.
* En los casos que se tasen penas, los preacuerdos deben ser respetuosos de los postulados que orientan el principio de legalidad, así como de los principios, que según las voces que orientan el artículo 3º C.P. orientan las sanciones penales.
* Lo acordado no debe contrariar el denominado principio de *“Estricta Tipicidad”*, por lo que lo pactado entre las partes debe ser respetuoso del núcleo fáctico de la imputación o acusación, cuyas premisas fácticas no pueden ser soslayadas, alteradas o mutadas por las partes[[3]](#footnote-3); lo cual implica que las partes, al momento de negociar, no pueden inventarse circunstancias factuales que nunca existieron ni que incidieron en la comisión del reato, para de esa forma concederle en favor del procesado atemperantes punitivas a las que nunca tendría derecho, salvo que respecto de la ocurrencia de las mismas exista un claro estado de incertidumbre que daría lugar a plausibles hipótesis sobre lo que pudo o no pudo suceder, generándose de esa forma una especie de zona gris o de penumbras, respecto de la cual plausiblemente exista la posibilidad de que el procesado, vg. haya podido perpetrar el delito bajo el amparo de alguna de las circunstancias de atemperación punitiva consagradas en los artículos 56 y 57 C.P. y que de igual forma la Fiscalía carezca de los medios de conocimiento que le permitan corroborar o desvirtuar tal hipótesis.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, pese a los reclamos y reproches que los apelantes han formulado en contra del auto confutado, considera la Sala que el Juzgado *A quo* estuvo atinado al no imprimirle aprobación al preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa, porque en efecto al efectuarle a dicho convenio el correspondiente control de legalidad, de bulto se avizora que con el mismo se vulneraban y desconocían derechos y garantías fundamentales, si nos atenemos a lo siguiente:

1. El acuerdo entre la Fiscalía y la Defensa se suscribió sin tener en cuenta las directrices formuladas por el Fiscal General de la Nación en la directiva # 001 del 23 de julio del 2.018, en la que se trazaron unas pautas que los Fiscales Delegados deben acatar al momento de entablar negociaciones con la Defensa en las cuales el tema a tratar tenga que ver con el reconocimiento en favor del acriminado de las circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 C.P.

Es de anotar que en dicha Directiva se le fijaron unos límites a las facultades que le asistían a los Fiscales Delegados para suscribir preacuerdos con la Defensa, al consignarse que: a) No podían preacordar imputaciones jurídicas relacionadas con conductas que afecten bienes jurídicos que tengan que ver con la administración pública, la salud pública, la administración de justicia y la seguridad pública; b) En aquellos delitos en los cuales es posible preacordar las circunstancias de menor punibilidad consagradas en el artículo 56 C.P. el Fiscal Delegado debe previamente informarle a la Dirección Seccional de Fiscalías, a efectos que dicha entidad consigne lo acontecido en el reporte bimestral de estadísticas que deben rendir sobre los asuntos y los Fiscales que han imputado dicha circunstancia de menor punibilidad.

Por otra parte, contrario a lo dicho por la Defensa, cuando en sus alegatos, de manera equivocada, expuso que la aludida directriz no tenía efectos obligatorios, es preciso recordarle que como consecuencia de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, consagrados en el inciso # 3º de la Carta y en los artículos 116, # 3º, 142, # 1º, 348, inciso 2º, del C.P.P., se consignó la obligación que le asiste a los Fiscales Delegados, al momento de celebrar los preacuerdos, de acatar y observar las pautas trazadas por el Fiscal General de la Nación, lo que no aconteció en el presente asunto, ya que de un análisis del contenido de la carpeta que de manera física y virtual le fue puesta a consideración de la Sala, no se avizora que en momento alguno el Fiscal Delegado le haya puesto en conocimiento de la Dirección Seccional de Fiscalías su deseo de querer negociar con la Defensa el reconocimiento en favor del acriminado de las atemperantes punitivas consagradas en el aludido articulo 56 C.P.

A lo anterior se debe sumar que el Fiscal Delegado desconoció una de las prohibiciones consagradas en la aludida Directiva # 001 del 23 de julio del 2.018, en la que respecto de ciertas conductas punibles se proscribía la suscrición de preacuerdos en los cuales se le reconocía en favor del procesado las circunstancias de pobreza, ignorancia y marginalidad extrema, ya que uno de los delitos presuntamente imputados al procesado es el reato de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, el cual se encuentra amparado bajo la egida del interés jurídico de la *seguridad pública*.

Ahora, frente a lo anterior se podría decir que las directrices plasmadas en la aludida Directiva # 001 del 23 de julio del 2.018 no eran aplicables al caso *subexamine,* debido a que la misma no había entrado en vigencia para la fecha en la cual ocurrieron los hechos: 28 de febrero del 2.018; lo que es cierto porque en efecto los hechos ocurrieron con antelación a la promulgación del aludido acto administrativo, los cuales, como bien es sabido, no tienen efectos retroactivos, puesto que solo rigen a partir del momento de su expedición. Pero de igual forma, no se puede desconocer que cuando se suscribió el preacuerdo: el 18 de agosto del 2.018, ya había sido expedida la Directiva de marras, cuyos lineamientos, como ya se dijo, debían ser acatados por parte del Fiscal Delegado como consecuencia de los aludidos principios de unidad de gestión y de jerarquía.

1. Con lo preacordado entre las partes se soslayó el núcleo fáctico de la imputación, al incluirse unas circunstancias que tienen relación con los hechos, las cuales en momento alguno se avizoran de lo acontecido ni hacen parte de esa zona gris, de penumbras o de incertidumbres que sería objeto de discusión entre las partes, respecto de lo que pudo o no pudo haber acontecido.

Para llegar a la anterior conclusión, es menester tener en cuenta que las atemperantes consagradas en el artículo 56 C.P. operan bajo una doble condición: a) En el ámbito de la punibilidad, se constituyen como factores que modifican de manera genérica los límites punitivos de las sanciones penales; b) En el plano de la tipicidad, fungen como una especie de dispositivo amplificador del tipo al consignar una serie de circunstancias modales que repercuten en la conducta descrita en el tipo penal.

Frente a lo anterior, la Corte ha dicho lo siguiente:

“Del texto trascrito surge que las circunstancias allí previstas de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas no son excluyentes de responsabilidad sino diminuentes de la punibilidad, pero siempre que hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible.

Así las cosas, no son post delictuales, sino concomitantes, por lo que hacen parte del entramado fáctico, y, en ese orden, afectan la calificación jurídica y, por ende, los extremos punitivos del tipo penal. De manera que su existencia, tal como lo ha reconocido la Corporación, debe ser alegada, tratándose de allanamientos, en la audiencia preliminar de imputación, a efectos de que la fiscalía las conozca y se surta el debate contradictorio correspondiente.

(:::)

Así las cosas, la circunstancia de marginalidad extrema corresponde a un fenómeno que se estructura al momento de la comisión de la conducta, por lo que resulta inescindible de ésta, como que permite su individualización y la caracteriza, pues se refiere a aquellas condiciones propias de modo o lugar en que se ejecutó el hecho, a manera de ejemplo, la tentativa (artículo 27 Código Penal), la complicidad (artículo 30 Ib), el exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (artículo 32, numeral 7, inciso 2 Ib), el estado de ira o de intenso dolor (artículo 57 Ib), etc….”[[4]](#footnote-4).

Por lo tanto, si las aludidas circunstancias de atemperación punitiva hacen parte de la estructura del delito, es lógico que se estaría afectando las mismas en aquellos eventos en los cuales en un preacuerdo las partes se inventen circunstancias factuales que en momento alguno en nada tuvieron que ver o incidieron en la ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes, como bien aconteció en el asunto en estudio en donde las partes, en un caso de sicariato o de muerte por encargo, acordaron unas circunstancias de marginalidad con base en unos supuestos fácticos inexistentes, como lo fue la supuesta falta de escolaridad del procesado, aunado al hecho de residir en un barrio popular de *condiciones difíciles* que hace parte de la comuna *“Villa Santana”*; lo cual es falso y mendaz, debido a que de los medios de conocimiento habidos en la actuación, está demostrado que el Procesado no es ningún iletrado o analfabeta, puesto que se dice que estudió hasta 1º de bachillerato y prestó el servicio militar, lo cual quiere decir que por sus condiciones cognoscitivas no es factible que se pueda pregonar que sea una persona que se encuentre apartado de la sociedad en condiciones de marginalidad extrema.

A lo anterior se debe aunar que por el simple y mero hecho de vivir o residir en una barriada popular de bajo estrato social, ello de manera automática no quiere decir que deba ser considerado como un paria social o alguien que ha sido marginado de la sociedad, pues por el contrario los medios de conocimiento habidos en la actuación nos indican, de manera indubitable, que el procesado es una persona que se encuentra ampliamente integrado a la sociedad, tanto es así que tiene una familia, de la cual hace parte, y también tiene un grupúsculo de amistades con los cuales se reúne para planificar homicidios de abogados por encargo de terceros.

1. De los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía no se avizora que exista un margen de discusión sobre el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 C.P. acorde con la hipótesis del estado de marginalidad extrema, el cual se caracteriza porque la persona a quien se le achaca la presunta comisión de un delito, lo perpetró como consecuencia de cualquier tipo de circunstancias o de eventos que incidan para que se encuentre apartado o alejado de la Sociedad, o que, a modo de un moderno paria, no se encuentre integrado y por ende no haga parte de la misma, lo que a su vez, de una u otra forma, incide para que acorde con ciertas limitantes, no pueda comprender o asimilar en debida forma el injusto penal.

Pero es de anotar que no basta con que estén demostradas las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema que aquejan al procesado, porque para la procedencia de la atemperante punitiva se requiere o exige la acreditación de una relación de causalidad que debe existir entre la comisión del delito y la ocurrencia de dichas circunstancias, o sea que el delito sea perpetrado como consecuencia del influjo de esas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas.

Si a lo anterior le aunamos que acorde con los medios de conocimiento habidos en la actuación, se desprende que estamos en presencia de un caso de sicariato, en el cual el Procesado participó de manera activa tanto en la planificación como en la posterior perpetración del homicidio, es lógico concluir, en el remotísimo de los eventos en los que se diga que se está en presencia de una persona que se encuentra al margen de la sociedad, que no se percibe la existencia de una relación de causalidad entre la comisión del delito y ese supuesto estado de marginalidad, ya que no es posible concebir que tal condición de marginal haya tenido incidencia en una persona que fue contratada para perpetrar un asesinato.

Es de resaltar que del contenido de la actuación procesal se extracta que la Fiscalía estaba tan consciente que en el presente asunto no se cumplían con los presupuestos para la procedencia de las atemperantes punitivas del estado de marginalidad extrema, que de manera habilidosa pretendió suplir tales falencias con el sofisma de la supuesta colaboración que el Procesado ha facilitado para el esclarecimiento de los hechos, lo que para la Sala es una falacia que no se compadece de la verdad procesal, la cual nos enseña que en momento alguno el encausado le ha prestado una colaboración eficaz a la Administración de Justicia, porque cuando fue vinculado al proceso, la Fiscalía, gracias a las pesquisas adelantadas por la Policía Judicial, tenía en su poder sólidos medios de conocimiento que de una u otra forma podrían demostrar la presunta participación del Procesado y de sus secuaces en la comisión del homicidio de quien en vida respondía por el nombre de CESAR AUGUSTO MAYA GÓMEZ. Además, si bien es cierto que el Procesado absolvió una diligencia de interrogatorio de indiciado, en la cual admitió haber sido el autor material del homicidio, de igual manera esa confesión en vez de serle útil para la administración de justicia se tornaba en una especie de regalo envenenado porque se trataba de una confesión calificada, si se tiene en cuenta que pese a que el indiciado admitió ser la persona que asesinó a la víctima, a la cual a mansalva le propinó tres impactos con un arma de fuego, de igual manera justificó su proceder con la excusa consistente en que lo hizo como consecuencia de unas amenazas y coacciones a las que supuestamente fue sometido por parte de sus compinches, cuando la persona a quien se le encomendó la labor de tirotear al Letrado, no pudo llevar a cabo ese encargo porque se le presentó un percance de último momento.

De igual manera, de un análisis de la *injurada* absuelta por el Procesado J.E.M.R., (A) “El Negro”, se tiene que Él aseveró que no conocía a la persona que los contrató para que cometieran el asesinato, de quien solo se refiere como un misterioso personaje que se movilizaba en un vehículo *Mazda.* Asimismo el indiciado es categórico en aseverar que no sabía los móviles o motivos por los cuales lo contrataron para que le segara la vida al hoy óbito, e igualmente manifiesto que por participar en *esa vuelta* no obtuvo ningún tipo de contraprestación económica.

De lo antes expuesto, se desprende que la Fiscalía se inventó un supuesto estado de marginalidad para de esa forma retribuir, con gabelas de descuentos punitivos, la supuesta colaboración que el Procesado le había brindado a la Administración de Justicia, la cual, como bien está demostrado, resultó siendo ineficaz e insustancial.

1. Está fuera de cualquier discusión que en los preacuerdos la Fiscalía y la Defensa pueden pactar la pena a imponer, pero de igual manera la pena acordada, para que se legal, debe encontrarse en conformidad con los lineamientos del principio de legalidad de las penas, así como de los principios que orientan las sanciones penales; lo cual quiere decir, *contrario sensu*, que un preacuerdo no puede ser aprobado por la Judicatura en aquellos eventos en los cuales se haya pactado una pena que no sea respetuosa de los aludidos principios.

En el caso *subexamine* se tiene que la pena a imponer, luego de aplicar los descuentos punitivos consagrados en el artículo 56 C.P. fue pactada en 12 años de prisión, discriminados de la siguiente manera: 11 años por el delito de homicidio agravado, y un año por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Pero para la Sala, acompañando lo aludido tanto por el Juzgado *A quo* como por el representante del Ministerio Público, considera que una pena de semejante talante no es congruente con la gravedad del delito perpetrado por el Procesado, y en consecuencia no se compadecería del *principio de proporcionalidad*, consagrado en el artículo 3º C.P. ya que se está en presencia de una persona que participó tanto en la planificación como en la perpetración del homicidio, el cual se cometió de manera alevosa y con insidias, ya que a la víctima se le tendió una celada, gracias a la cual el Procesado, con ventaja y sobreseguro, pudo llevar a cabo su cometido, para el cual fue contratado por terceras personas.

Por ello estamos absolutamente seguros que al momento de la negociación, de haberse tenido en cuenta las disposiciones consagradas en el artículo 61 C.P. que consagran unas directrices que se deben acatar al momento de la dosificación e individualización de las penas, seguramente que la pena impuesta al Procesado J.E.M.R., *(A) “El Negro”*, hubiese sido mayor, y en consecuencia sería respetuosa del principio de proporcionalidad.

Para demostrar la anterior afirmación, vemos que de aplicarse el sistema de cuartos, como quiera que en contra del Procesado se le endilgaron las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el # 10º del artículo 58 C.P. ello implicaría que al momento de dosificar las penas, acorde con lo reglado en el inciso 2º del artículo 61 C.P. el fallador de instancia deba acudir a los cuartos medios de punibilidad, los cuales en los delitos endilgados en contra del Procesado, serían los siguientes:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Delito | Ámbito punitivo, acorde con el articulo 56 CP | 1er cuarto medio | 2º cuarto medio |
| Homicidio agravado | 66,667 a 300 meses de prisión | >125 a 183,33 | >183,33 a 241,66 |
| Porte ilegal de armas de fuego | 18 a 72 meses de prisión | >31,5 a 45 | >45 a 58,5 |

Lo antes expuesto no estaría indicando que en lo que atañe con la dosificación de la pena del delito de mayor gravedad, o sea el reato de homicidio agravado, el juzgador de instancia tendría un amplio espectro de movilidad, ya que la misma no podría ser inferior a los 125 meses de prisión ni exceder los 241,66 meses de prisión. Por ende, de tenerse en cuenta las circunstancias en las cuales se cometido el delito: por promesa remuneratoria, con insidias y alevosía, seguramente que una pena proporcional a un crimen perpetrado en semejantes circunstancias jamás de los jamases podría corresponder a 11 años o 132 meses de prisión, y por el contrario el aludido principio de proporcionalidad seguramente que obtendría satisfacción por los menos con una pena de 18 años o 216 meses de prisión.

Igual situación acontecería con la tasación de la pena del delito acompañante, o sea el reato de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, la cual en momento alguno puede superar  *«el doble de la sanción en concreto de la conducta más grave»[[5]](#footnote-5),* por lo que obviamente al tasar la pena del aludido delito acompañante en un año de prisión, se incurrió en un comportamiento cicatero que desconoce flagrantemente los postulados del principio de igualdad; razón por la cual consideramos que una pena que mínimamente seria congruente con el aludido principio de la proporcionalidad, sería una que por lo menos equivalga a 2 años o 24 meses de prisión.

A modo de corolario, la Sala considera que la pena acordada en el preacuerdo debe ser catalogado prácticamente como de ilegal, debido a que se desconocieron las reglas de tasación punitiva y se vulneraron los presupuestos del principio de la proporcionalidad.

Ahora bien, en contra de lo aludido en el presente acápite por parte del Colegiatura, se podría decir que se estaría desconociendo que el sistema de cuartos no opera en el escenario de los preacuerdos[[6]](#footnote-6), lo cual no es correcto si partimos de la base consistente en que las reglas de dosificación punitivas consagras en el artículo 61 C.P. hacen parte del principio de legalidad de las penas, y si a ello le aunamos que quienes en el escenario de un preacuerdo, al pactar una pena están sometidos al imperio del aludido principio, es obvio que al tasar una pena de manera caprichosa y con manifiesto desconocimiento de las directrices consagradas en el aludido articulo 61 C.P. conllevaría a una flagrante vulneración del principio de legalidad de las penas.

En suma, lo expuesto en los párrafos precedentes es suficiente para concluir que al ser sometido al debido control de legalidad el preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa, no podría ser objeto de aprobación debido a que con lo acordado se vulneró el debido proceso en el siguiente contexto:

* No se acataron las directrices trazadas por el Fiscal General de la Nación en materia de preacuerdos, cuando en los mismos se reconocen en favor del procesado las atemperantes punitivas consagradas en el artículo 56 C.P., las cuales son de carácter obligatorio acorde con lo regulado por los principios de unidad de gestión y de jerarquía.
* Al tasar la pena acordada por las partes, no se tuvieron en cuenta las reglas de dosificación punitiva que hacen parte del principio de legalidad de las penas. Igualmente monto punitivo acordó en momento alguno se conduele de los postulados que orientan el principio de proporcionalidad.
* Al reconocer que el Procesado supuestamente cometió el delito bajo el influjo de unas supuestas circunstancias de marginalidad extrema, las partes se inventaron un contexto factual que en nada tenía que ver con el núcleo fáctico de los hechos imputados en contra del encausado.
* Con lo acordado, las partes desprestigiaron a la administración de justicia, ya que acudieron a un ardid para de esa forma recompensar al Procesado con las diminuentes punitivas del estado de marginalidad extrema por su supuesta colaboración con la administración de justicia, lo cual es una falacia, ya que del contenido de la actuación procesal, meridianamente se desprende que el Procesado en momento alguno le ha brindado ningún tipo de eficaz colaboración a la administración de justicia.

Finalmente, frente a lo dicho a lo largo y ancho del presente proveído, se podría decir que la Colegiatura se está inmiscuyendo indebidamente en las prerrogativas constitucionales y legales que tiene la Fiscalía para entablar preacuerdos y negociaciones con la Defensa, lo que para la Sala es producto de un sofisma de distracción, porque acorde con lo ordenado por el principio acusatorio, el cual pregona por la división habida entre las funciones de acusación y de juzgamiento, los preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y la Defensa solo tendrán efectos vinculantes luego de ser sometidos a un control de legalidad por parte de la Judicatura, lo que aconteció en el presente asunto, cuando, como consecuencia de un control formal, se evidenció que lo acordado entre las partes era manifiestamente contrario al debido proceso y por ende no se le debía imprimir aprobación.

A lo anterior, se le debe aunar que en el escenario de los preacuerdos, la Judicatura en momento alguno funge de manera servil a modo un simple fedatario de todo lo que haga la Fiscalía, pues pensar de tal manera seria desconocer la existencia de principios basilares, entre los cuales descollaría el aludido principio acusatorio así como el principio de autonomía.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que no le asiste la razón a los reproches formulados por los recurrentes en contra de la providencia confutada, ya que el Juzgado *A quo* actuó de manera atinada cuando decidió no impartirle aprobación al preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

Ante tal situación, a la Colegiatura no le queda otra diferente que la de confirmar el proveído opugnado.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** el auto interlocutorio proferido por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del veintisiete (27) de septiembre del 2.018, en virtud del cual se improbó un preacuerdo suscrito entre la Defensa y el Ente Acusador, en el que el Procesado **J.E.M.R., (A) “El Negro”**, admitía los cargos que se le endilgaron en su contra por incurrir en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado (artículos 103 y 107, # 7º, C.P), y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (artículo 365 C.P), en consonancia con las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el # 10º del articulo 58 C.P. a cambio que en el Ente Acusador reconociera que cometió los delitos de marras bajo el influjo de las circunstancias de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema consagradas en el artículo 56 C.P.

**SEGUNDO:** 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. Sobre este tópico se pueden consultar, entre otras, la sentencia del 4 de julio de 2.002. Rad. # 10308, y la sentencia del 18 de diciembre de 2.013. Rad. # 42133. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 2ª Instancia del 25 de noviembre de 2015. SP16247-2015. Rad. # 46688. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto, se pueden consultar, entre otros, las siguientes decisiones emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 27 de octubre de 2008. Rad. # 29.979; Sentencia del 12 de septiembre de 2007. Rad. # 27759; Sentencia del 24 de febrero de 2016. SP2168-2016. Rad. # 45736. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 5 de agosto de 2.015. AP4455-2015. Rad. # 45918. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto se puede consultar, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 15 de mayo de 2003. Rad. # 15868, y la sentencia del 16 de abril de 2.008. Rad. # 25304. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 3º de la ley 890 de 2.004. [↑](#footnote-ref-6)