



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA PENAL



Radicado: 2016-00153-P-CJ
CUI: 08001 60 01 055 2015 04590 01
Contra: Marlon Enrique Álvarez Orozco
Delito: Fabricación, tráfico y porte de arma de fuegos o municiones y otros
Procedencia: Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla
Funcionario: Jorge Torregrosa Monsalve
Acta N° 0268

Barranquilla D.E.I.P., dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

LEÍDO EN AUDIENCIA DEL 19 DE ENERO DE 2017

Asunto

Decretar la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de aprobación del preacuerdo, por razón de la violación flagrante de garantías fundamentales al pervertirse el principio de legalidad y debido proceso surtos en el artículo 29 de la Constitución Nacional y 6º de la ley 599 de 2000, especialmente en el inadecuado recuento del suceso fáctico objeto de imputación y la calificación jurídica mutilada frente a éstos y que fueron plasmados en el acta de preacuerdo por parte de la delegada fiscal y que concitó de contera la emisión de la correspondiente sentencia por parte del juzgado penal especializado de esta urbe.

Cuestión previa:

Si bien es cierto que el artículo 31 de la Constitución Política de Colombia, prohíbe la reforma en peor cuando regula que *“el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”* también lo es que podría pensarse desprevenidamente que con la emisión nulitoria de la actuación se activaría una tensión o enfrentamiento entre el principio de legalidad y la garantía constitucional antes reseñada, a juicio de la Sala, esto apenas brota en apariencia y sin sustento legal de alguna naturaleza.

Ya que si se mira la naturaleza de las nulidades estas están diseñadas por el legislador procesal penal¹ para que sirvan de instrumento residual y autónomo con el propósito claro de sanear la actuación y con ello a más de rendirle culto al debido proceso permiten que se pueda finiquitar esta actuación con una decisión – sentencia- que sea el antecedente consecuente de un proceso debido y justo.

Esta es la razón de ser del debido proceso que preconiza la Constitución Política de Colombia, en el inciso segundo de su artículo 29 cuando diseña: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”*

Por modo que al acudirse a la nulidad de la actuación por irreverente y grosera actividad tanto del delegado de la fiscalía como del juez, cuando por razón de un preacuerdo se echa por la borda la estructura del mismo y el principio de legalidad, dejando en el limbo jurídico unas conductas punibles, que fueron objeto de imputación fáctica y jurídica, sin embargo su suerte se desconoce o por lo menos quedan escondidas en este irregular proceder que sin formula de juicio son invitadas a la impunidad.

Fíjese que la nulidad no afecta en nada el principio de no reforma en peor por parte del superior, habida cuenta que lo que se revela contrario a ello es que el Estado, garante de la justicia, como derecho mismo no solo de él sino de los ciudadanos tenga la posibilidad de adelantar la acción penal, que es su facultad por todo aquel comportamiento que revista las características de un hecho punible, luego en esa comprensión teleológica aquí no se está revisando la sentencia condenatoria y mucho menos se está agravando esa situación al acusado, luego entonces la confrontación de

¹ Artículo 455, 456 y 457 de la ley 906 de 2004.

derechos fundamentales es apenas aparente por lo que surge de bulto restablecer el debido proceso.

De la nulidad:

Como viene de decirse existe afrenta a las garantías fundamentales por las siguientes razones de orden fáctico, jurídico y lógico:

Dice el artículo 288 de la ley 906 de 2004, que el fiscal para la formulación de imputación deberá expresar oralmente lo siguiente: 1...2. "Relación **clara** y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes..." 3. "Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351".

De suerte que según el artículo 286 ibídem: *"la formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías".*

El artículo 336 ejusdem, contiene todos los motivos que debe observar el delegado fiscal, para radicar ante el juez de conocimiento el escrito de acusación, luego de agotar todo el plan metodológico, pesquisas y acopio de evidencia física, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, los cuales son: " ... cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe". Mientras que el artículo 337 siguiente exige unos requisitos formales que perfectamente delimita y enuncia.

Es por eso que la jurisprudencia penal colombiana, como criterio auxiliar nos orienta sobre este tema – audiencia de formulación de imputación – señala que en ese escenario los investigados se enfrentan a tres opciones: **a)** O niegan su responsabilidad en los injustos y por lo tanto habilita a la fiscalía para que formule su pretensión acusatoria que de continuar siendo rechazada conduciría indefectiblemente al juicio oral o, **b)** Acepta la imputación y renuncia al derecho a guardar silencio, a los postulados de no autoincriminarse y a debatir pública y contradictoriamente los compromisos penales que se le endilgan; **c)** Acepta parcialmente los cargos, pero el o los cargos que acepte deben ser de manera integral de cara a los que fueron objeto de imputación.

Si el investigado escoge la segunda posibilidad, el juez de control de garantías está obligado, conforme al artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, a verificar que su expresión de culpabilidad responde a su auténtica y espontánea voluntad y por lo tanto es libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa técnica, ejercicio para el que requiere interrogar personalmente al imputado por estas circunstancias.²

Ante la tercera posibilidad, es decir aceptar parcialmente las conductas, en este caso se ordenaría la ruptura de la unidad procesal, para continuar con un radicado la o las conductas que fueron aceptadas y proceder a aprobación del preacuerdo, y con otro radicado las conductas no aceptadas con las cuales se procederá a la respectiva acusación, de conformidad con el artículo 293 de la ley procesal penal.

De otra parte la justicia premial fue creada con el propósito de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito;

² Sentencia de 15 de mayo de 2013, Rad. 39025. M.P. José Luis Barceló Camacho. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, por lo que la Fiscalía y el imputado o acusado podrían llegar a preacuerdo que impliquen la terminación del proceso³.

En ese orden de ideas tenemos que el artículo 350 de la ley 906 de 2004, con relación a los preacuerdos como instrumento o medio para poner fin a la controversia jurídica dentro de un proceso penal, nos advierte que el fiscal y el imputado a través de sus defensores podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

“1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico.

2. Tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”

El artículo 351 de la misma ley procesal penal, amén de otorgar una rebaja por la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación hasta la mitad y que se contemplen en un acuerdo que equivale a la acusación, también exige reparar en las siguientes condiciones:

“a. Si hubiere un cambio favorable al imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

b. En el evento que la fiscalía por causa de nuevos elementos cognoscitivos proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación los preacuerdos deberán referirse a esta nueva y posible imputación.

³ Artículo 348 ley 906 de 2004.

c. Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusados obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”

Por último, el artículo 351 de la obra procesal penal en cita, regula que presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

En el evento que nos ocupa solo se radicó el escrito de acusación y ello explica en forma lógica que siendo la acusación un acto complejo y compuesto en su desarrollo porque la audiencia pertinente abarca agotar diferentes etapas, que se activan con la radicación ante el juez de conocimiento del escrito de acusación. Es decir, que aquí no se completó el rigor procesal de la audiencia de formulación de acusación para agotar ésta y ello per se habilitaba al delegado fiscal para realizar preacuerdo con la defensa, con la posibilidad de conceder hasta la mitad de la rebaja de pena, esto si el acuerdo contempla solo esa hipótesis, pues la ley impide conceder doble beneficio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los hechos nacen de un allanamiento a un inmueble en donde se encontraron múltiples municiones y armas de uso privativo de las fuerzas armadas y de defensa personal, es oportuno señalar que ante la lesión al bien jurídico de la seguridad pública en forma homogénea y sucesiva en concurso heterogéneo no debió el juez de conocimiento aprobar el preacuerdo y dejar sin rasero investigativo, acusatorio o de eventual sentencia cinco (5) delitos que afectan la seguridad pública, como son aquellos que se derivan del hallazgo en poder del acusado de seis (6) fusiles de uso privativo de las fuerzas armadas o por lo menos si consideraba que el preacuerdo fue

parcial, dejar expresa constancia de ello o que tal situación fuera clarificada por la delegada fiscal, al momento de intervenir en la audiencia de aprobación del preacuerdo situación que no es clara o por lo menos esto así visto, permite una reflexión propia de una lesión a las garantías constitucionales.

Porque se rompe la unidad procesal en aquellos eventos contemplados en el artículo 50 de la ley 906 de 2004, vale decir que en principio y por regla general debe subsistir la unidad procesal en consideración hermenéutica de su espíritu cuando *ordena* que por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales, las cuales perfectamente se encuentran descritas y autorizadas en este mismo artículo cuando dispone: *“los delitos conexos se investigaran y juzgaran conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales”*.

Pues bien, en ese orden de ideas y siguiendo los lineamientos dogmáticos, surtos en la ley procesal penal y sustancial, tenemos que el día 10 de julio de 2015, ante el juez noveno penal municipal con funciones de garantías de Barranquilla, la Fiscal Primera Especializada ante el Gaula de esta urbe, formula la imputación en contra de Marlon Enrique Álvarez Orozco, colocándole de presente los eventos fácticos y nominación jurídica dentro del Código Penal colombiano, allí expuso la delegada fiscal los siguiente:

“... El título XXII de este librito que usted ve acá se llama Código Penal, habla acerca de los delitos contra la seguridad pública, dentro de esos delitos contra la seguridad pública existe un capítulo que dice de delitos de peligro común que pueden ocasionar grave perjuicio

para la comunidad y otras infracciones y dentro de capítulo existen dos artículos a los cuales voy a hacer mención y es el artículo 365 y 366 (le da lectura) en este caso efectivamente usted tenía un arma de fuego con cinco cartuchos que hacían parte de este revolver y usted no presentó permiso de esa autoridad competente sea para tenencia o para porte, en este caso efectivamente esta delegada tomará que esa arma de fuego estaba en un lugar, porque usted no la portaba, no la llevaba consigo, estaba en un lugar; sin embargo, **señor Marlon, esta delegada también observa que se infringió el artículo 366 que dice así (le da lectura) en este caso por eso es que yo le hablo de un concurso de delitos ¿Qué significa esto? Que usted aquí sería un concurso homogéneo sucesivo ¿Qué es eso? Que usted infringió la ley no una vez sino dos veces por el mismo delito que es el de armas de fuego, porque en este caso se encontraron unos fusiles que solo debe tener quién?**

...

Otra actividad ilícita mucho más grave que fue tener un armamento que no debe tener en su casa porque la autoridad competente no le va a permitir tener a usted seis fusiles en su casa o esa cantidad de municiones o los proveedores que también son para esta clase de armas de fuego. Entonces por eso le digo yo que aquí sería un concurso homogéneo sucesivo porque fue el mismo delito, dos veces y se encontró ahí mismo. Teniendo en cuenta que estamos hablando de un concurso de delitos, el artículo 31 nos habla de eso, pero yo como tengo que hacerlo de manera clara porque usted no es abogado, que significa que al realizar ese comportamiento ilícito yo tengo que tomar porque estoy hablando de un concurso, el que tenga la pena más alta cuál es? El de las armas de uso privativo de las fuerzas militares hasta un tanto por qué? Porque usted tenía un revolver que usted podía tener en su casa pero que tenía que tener un permiso para tenencia o porte de arma de fuego y tampoco lo tenía. Teniendo en cuenta lo anterior, esta delegada le formula la imputación de la siguiente manera señor Marlon Enrique, esta delegada le formula la imputación por el delito de fabricación, tráfico, porte de armas de fuego o municiones de uso restringido de las fuerzas armadas que parte de una pena de 11 años con el verbo almacenar o conservar, hasta un tanto por el delito de fabricación, tráfico o porte de arma de fuego o municiones porque usted tenía un arma sin permiso, hasta un tanto por ese que partiría de los 9 años pero vamos que de 9 hasta un tanto por ese porte de armas...."⁴

⁴ Minuto 11:35 Segunda Grabación. Audiencia de formulación de imputación de fecha 10 de julio de 2015.

Luego, agotados todos los ejercicios propios de la investigación la misma delegada fiscal, radicó escrito de acusación ante el juez penal especializado de esta ciudad, colocando similar o parecida secuencia fáctica fruto del allanamiento en la residencia de Marlon Enrique Álvarez Orozco, el día 2 de septiembre de 2015, extractando la Sala, de este escrito de acusación los hechos que son de importancia jurídico penal, de la siguiente manera:

1. Que en la residencia del acusado se encontraron:

En la primera habitación, en el baño en dos bolsos colgados en la pared y en un saco gris ubicado en el piso:

- Un arma de fuego tipo revolver de fabricación indumil, marca llama, modelo cassidy 38 spl de color pavonado, cache de madera, número interno 16465 sin número externo.
- Cinco (05) cartuchos calibre 38 especial con marcación en el culote (federal) y una vainilla calibre 38 con las mismas características.
- Seiscientos ochenta (680) cartuchos y/o municiones para fusil de diferentes inscripciones en el culote.
- Siete (07) proveedores para fusil. Cada uno de ellos contenía veintiséis (26) cartuchos para fusil, arrojando un total de ciento ochenta y dos (182) cartuchos para fusil.
- Dos (02) proveedores cada uno con veinticinco (25) cartuchos para fusil, arrojando un total de cincuenta (50) cartuchos para fusil.

En la segunda habitación – parte exterior del inmueble- en dos bolsas de fique enterradas a profundidad aproximada de 20 centímetros:

- Seis (06) armas de fuego tipo fusil, así:
 - a. Fusil con empuñadura y guardamano en madera con número externo 48112495.
 - b. Fusil con empuñadura plástica de color café guardamano en madera con número externo 197545542.
 - c. Fusil con empuñadura plástica de color negro, guardamano en madera sin números legibles.
 - d. Fusil con empuñadura plástica de color negro sin numeración legible.
 - d. Fusil con empuñadura y guardamano de color negro sin numeración legible.
 - e. Fusil con empuñadura plástica y guardamano en madera número externo 1962489365.

Mientras que en el acta de preacuerdo de fecha 1 de marzo de 2016, a pesar de que se relatan unos hechos y que distan mucho de aquellos que fueron insertados en el escrito de acusación en cuanto que en este último se precisan unas municiones halladas en un saco de fique el cual contenía seiscientos ochenta (680) cartuchos o municiones para fusiles, se afirma que también se hallaron ciento ochenta y dos (182) cartuchos para fusiles, dejando una sensación de que en el escrito de acusación no se relacionaron las municiones en forma correcta. Pero más allá de esta discusión la falencia que gravita entre el escrito de acusación, acta de preacuerdo y sentencia, surge de cara a la congruencia que debe existir entre el suceso fáctico, la calificación jurídica de estos mismos y la sentencia abreviada que nace precisamente del preacuerdo, como más adelante veremos, no sin antes extraer del preacuerdo los hechos y la calificación jurídica de los mismos, de la siguiente manera:

“Los hechos ocurrieron el día 09 de junio de 2015, siendo las 14:15 horas, en la carrera 32 N° 4-620 del barrio Las Petronitas del

Municipio de Galapa Departamento del Atlántico, donde se practicó diligencia de allanamiento y registro, previamente ordenada el día 08 de julio del mismo año, en la que se encontraba en el inmueble Marlon Enrique Álvarez en compañía de su compañera permanente señora Mónica Beatriz De la Hoz Castillo, donde se indicó el registro en la habitación N° 1 donde se halló en el baño interno de esta habitación colgado en la pared un bolso de color blanco el contenía un arma de fuego tipo revolver de fabricación indumil, marca llama, modelo cassidy 38 SPL de color pavonado, cacha de madera, número interno 16465 sin número externo, así mismo se halló otro bolso de color blanco el cual contenía 05 cartuchos calibre 38 especial con marcación en el culote (federal) y una (01) vainilla calibre 38, en el piso del baño se halló 01 saco de fique de color gris el cual contenía 680 cartuchos y/o municiones para fusil de diferentes inscripciones en el culote, así mismo se halló otro saco de fique el cual contenía 07 proveedores para fusil de los cuales cada uno de ellos contenía en su interior 26 cartuchos para fusil, teniendo en total 182 cartuchos para fusil. En la misma habitación se halló una silla plástica en medio de la ropa que había encima de esta se halló 02 proveedores de los cuales cada uno de ellos contenía 25 cartuchos para fusil para un total de 50 cartuchos. Se continuo el registro en la parte externa del inmueble, observando una parte del terreno, la cual se veía removida, por lo que se procedió a excavar y a una profundidad de 20 metros se encontró dos sacos de fique de color blanco en cada saco se encontró 03 envolturas cubiertas con bolsa plástica negra y cinta transparente, al desenvolverlas se halló un arma de fuego tipo fusil para un total de 06...”

Con este recuento histórico de los hechos y sabedores que el preacuerdo hace las veces de la acusación obligando al juez a respetarlo y manejarse con coherencia en la disertación que requiere una sentencia condenatoria de este cariz abreviado, la Sala, percibe que el juez de conocimiento se constituyó en un director del proceso penal, que por pasividad o sin escrutar en forma prolija la legalidad de los delitos, la pena

y los hechos mismos lo aprueba y dicta una sentencia que no se explica desde la misma perspectiva del artículo 31 del Código Penal, que señala lo siguiente:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada en otro tanto”

Esto fue lo que sucedió en este proceso penal, cuyos hechos fueron narrados por episodios y puestos de presente al imputado a quien se les explicó sus alcances y sus consecuencias, engastándolos la delegada fiscal de una manera clara y sin atisbo de equívoco en el artículo 365 y 366 de la ley 599 de 2000⁵, o lo que es lo mismo seis (6) delitos de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas* y un (1) delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones*.

No obstante, en el acta de preacuerdo solo se imputan dos delitos: uno de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas* y otro de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones*, dejando sin explicación alguna la suerte de los otros delitos que tienen como marco tipológico o de estricta tipicidad – legalidad- el artículo 366 del Código Penal, además para mayor infortunio legal del preacuerdo se degrada la autoría del imputado en cómplice y se tabula o acuerda la pena a imponer a Marlon Enrique Álvarez Orozco, en setenta y dos (72) meses de prisión.

Es decir, que si bien es cierto que eventualmente es viable desde el punto de vista legal, la aceptación parcial de cargos por parte del imputado

⁵ Modificado por la ley 1142 de 2007, artículo 38 y 55. Modificado por la ley 1453 de 2011, artículos 19 y 20.

o acusado de conformidad con el artículo 353 de la ley 906 de 2004, algo tiene que suceder con el resto de conductas punibles que ni siquiera fueron objeto de inserción en el escrito de acusación y que exóticamente son tocadas estas conductas punibles desde el punto de vista de la narración de los hechos jurídicamente relevantes y sin embargo se hace caso omiso en la estructura de la calificación jurídica de estos hechos.

Luego, si miramos el artículo 351 ibídem, cuando señala que si hubiera un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituiría la única rebaja compensatoria por el acuerdo; pero extrañamente aquí tenemos varias: **1.** La variación de autor a cómplice, **2.** La imputación de dos delitos que lesionaron el artículo 366 y 365 del Código Penal, cuando los hechos permiten ver que se trató de siete delitos de esta mismo estirpe y naturaleza, **3.** El acuerdo sobre la pena a imponer – 72 meses-.

En esas condiciones el juez se armonizó en la aprobación del preacuerdo e impuso la pena sin hacer un escrutinio de cara a las garantías fundamentales, que como bien se dijo no solo son del indiciado, imputado o acusado, sino del mismo Estado colombiano ora de la sociedad que se vio afectada con estos comportamientos desde la óptica del peligro que genera el porte ilegal de armas, para aquellos que manejan su vida ordinaria de conformidad con las reglas de conducta vigentes.

Ya tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, han tratado este tema, la segunda en su sentencia C-1260 de 2005, cuando explicó que el fiscal no puede pervertir la legalidad so pretexto de ser autónomo e independiente en sede de negociación con un imputado o acusado, habida cuenta que le corresponde como “propietario” de la acción penal, cumplir en este propósito con unos protocolos de la Fiscalía General de la Nación, amén de las garantías fundamentales de inexcusable observancia, se pronunció en estos términos:

“Respecto de la modulación en reseña, la Corte Constitucional, en sentencia C-1260 de 2005, dejó claro:

*Cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal esta referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal **no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales**; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.*

De lo anotado, varias conclusiones básicas surgen:

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

2. La Fiscalía cuenta con varias posibilidades o formas de modular el acuerdo, pero no puede, en curso del mismo, violentar la presunción de inocencia, razón por la que debe contar con un mínimo

suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo de la persona.

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

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

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

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.”⁶

De donde surge concebir que el debido proceso es un mandato constitucional, insoslayable en todo trámite judicial o administrativo en el cual no solo se le debe respetar al individuo juzgado, en materia penal, si no al mismo Estado Colombiano, involucrado por la fuerza de la potestad del *ius puniedi* quien se encuentra representado doblemente en el esquema procesal penal oral, en cabeza de la fiscalía general de la nación y de los jueces de la República, que de manera autónoma e independiente administran justicia, como una clara garantía al servicio de la comunidad y de los fines generales del Estado, entre ellos la convivencia pacífica y el orden justo. Por eso ha dicho la Corte Constitucional, cuando por vía de

⁶ Sentencia del 15 de octubre de 2014, radicado SP13939-2014, 42184, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

demanda revisó la exequibilidad del artículo 29 de la Carta Política, lo siguiente:

“...El carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo, con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las autoridades judiciales, sino también en adelante las administrativas en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la formula clásica o lo que es lo mismo de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran en general contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver.

...

Ahora bien: importa concretar que el debido proceso (como se ha entendido las más de las veces) no se circunscribe a garantizar solamente el principio de las formas propias de cada juicio, ni se halla establecido únicamente para la protección del procesado o del perjudicado, sino también en defensa de la sociedad...” (Negrilla fuera de texto)

Conclusión, se lesionó el debido proceso porque el juez penal del circuito especializado de Barranquilla, no solo por haber aprobado el preacuerdo de nuestro interés; sino también cuando emite la sentencia congruente con este que resultó violatorio de las garantías fundamentales y también del principio de legalidad cuando se otorgan unos beneficios que conspiran contra la misma estructura del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, vale decir se deja de aplicar el artículo 31 sustantivo y se otorgan beneficios punitivos que no tolera el artículo 351 y 350 del Código Procesal.

Se advierte que la nulidad abarca todo lo actuado a hasta la audiencia de aprobación del preacuerdo y, en consecuencia, se imprueba el mismo. También busca esta determinación dejar las cosas en *statu quo*

para que se enderecen las irregularidades avistadas y se le rinda culto al debido proceso, si es voluntad de las partes insistir en el preacuerdo. Por su parte, la medida de aseguramiento impuesta a Marlon Enrique Álvarez, se mantiene incólume.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla, en Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Decretar la nulidad de todo lo actuado a hasta la audiencia de aprobación del preacuerdo y, en consecuencia, se imprueba el mismo. También busca esta determinación dejar las cosas en *statu quo* para que se enderecen las irregularidades avistadas y se le rinda culto al debido proceso, si es voluntad de las partes insistir en el preacuerdo.

La medida de aseguramiento impuesta a Marlon Enrique Álvarez, se mantiene incólume.

Sin recursos. Las partes quedan notificadas en estrado.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado

LUÍS FELIPE COLMENARES RUSSO
Magistrado

JORGE ELIECER MOLA CAPERA
Magistrado

IVON NINO NORIEGA
Secretaria