

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

AP6545-2014

Radicación n° 38.044

(Aprobado Acta No.349)

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil catorce (2014).

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual confirmó la decisión condenatoria del Juzgado Quinto Penal del Circuito de ese mismo Distrito Judicial, que en virtud de preacuerdo celebrado con la fiscalía, emitió por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

I. ANTECEDENTES

La cuestión fáctica a la que se contrae la actuación, fue reseñada por el Tribunal de la siguiente manera:

«Se desprende de la actuación que el día 20 de julio de 2008, en horas de la mañana, en el barrio Corpovisur I del municipio de Floridablanca (Santander), más exactamente en la carrera 55 A con calle 140 A, los individuos conocidos como “Gorilón”, Daniel y Peter interceptaron a Michael Rodolfo Jaimes Ayala, quien iba acompañado por el menor J.A.L.J1, ante lo cual el precitado menor salió corriendo, pero posteriormente tomó la decisión de regresarse, momento en el cual “Gorilón” le disparó a Michael propinándole un tiro en la cabeza y otro en la región cervical posterior lateral derecha, los cuales le produjeron la muerte.

Se identificaron como presuntos coautores del homicidio a DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y a Wilson Mogollón Pinzón alias “Gorilón”, siendo el primero capturado en diligencia de registro y allanamiento practicada a su domicilio el 18 de junio de 2009, en la que a su vez se hallaron un arma de fuego revólver Smith Wesson Special calibre 38L, No. 29245, 9 cartuchos para dicha arma, 11 cartuchos para pistola 7,65 mm, y un cargador para pistola, circunstancias que dieron lugar al desarrollo de las diligencias por las cuales hoy se procede en esta Sala. ».

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 12 de junio de 2009, el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, Desconcentrado en Floridablanca, celebró audiencia preliminar de carácter reservado, en la cual se libró la orden de captura número 16050-8352, en contra de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ, por los delitos de Homicidio Agravado en concurso con Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, con base en los hechos acontecidos el día 20 de julio de 2008, en donde MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA perdió la vida al recibir dos impactos con arma de fuego revólver calibre 38 largo, anunciando la fiscalía en este mismo acto procesal,

que iba a realizar diligencia de registro y allanamiento en el lugar en donde residía y trabajaba el procesado, porque se presumía que allí estaban las armas con las cuales se había perpetrado ese atentado contra la vida.

2.- Esta diligencia de allanamiento se llevó a cabo el 18 de junio de 2009, produciéndose la captura GONZÁLEZ MARTÍNEZ, al igual que la incautación de un revólver Smith Wesson Special, calibre 38 largo, de puente móvil número 29245, cargado con 6 cartuchos, 3 cartuchos adicionales encontrados sobre un equipo, para un total de 9 cartuchos, un cargador de 11 cartuchos para pistola 7.65 milímetros y 11 cartuchos para esta, para un total de 20 proyectiles.

3.- Con el fin de realizar el control de legalidad a la diligencia de allanamiento y registro; legalizar la captura; la incautación del arma y la munición encontrada; formular imputación y solicitar la imposición de medida de aseguramiento; el 19 de junio de 2009 se surtieron las respectivas audiencias concentradas, decretándose la legalidad de los procedimientos y formulándose imputación a DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y a Wilson Mogollón Pinzón como coautores de los delitos de Homicidio agravado en concurso heterogéneo con Fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones, y se les impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

4.- El día 19 de junio de 2009 se formuló imputación al indiciado en calidad de coautor, de los delitos de Homicidio agravado en concurso con Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, por los hechos acontecidos el día 20 de julio de 2008.

5.- Frente a esta última decisión, la defensa de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, mientras que el defensor de Wilson Mogollón Pinzón presentó recurso horizontal, sin que alguno de ellos hubiera tenido acogida en las respectivas instancias de decisión.

6.- El escrito de acusación contra DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y Wilson Mogollón Pinzón fue radicado por la Fiscalía Novena Seccional de Bucaramanga el 13 de julio de 2009, en el cual se les endilgó la calidad de coautores de los delitos de Homicidio agravado en concurso heterogéneo con el de Fabricación tráfico o porte de armas de defensa personal, por los hechos ocurridos el día 20 de julio de 2008, en los que pereció MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA.

Como evidencia física y elementos materiales probatorios que soportaban la acusación, la fiscalía presentó, entre otros, el acta de la inspección del cadáver de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA; el informe ejecutivo sobre actos urgentes²; la noticia criminal oficiosa de GLORIA E. VELÁSQUEZ REYES; el informe pericial de necropsia de JAIMES AYALA³; el informe fotográfico de la inspección técnica al lugar de los hechos y del cadáver⁴; el registro civil de defunción del mismo; el informe de investigador de campo de 20 de julio de 2008, quien realizó la documentación fotográfica del lugar de los hechos y al cadáver de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA; el registro fotográfico a la diligencia de allanamiento del 18 de junio de 2009, en cuyas tomas fotográficas 7, 8, 10, 11, 12 y 13, se relaciona, entre otros elementos, el arma incautada en la diligencia⁵; el informe de investigador de laboratorio de fecha 18 de junio de 2009, mediante el cual se realizó el informe balístico al arma y la munición hallada durante el allanamiento a la vivienda de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ⁶; el informe de investigador de campo número 3622, rendido por MOISES ALBERTO CABREJO MARTÍNEZ respecto a la diligencia de registro y allanamiento realizada el 18 de junio de 2009 en donde se encontró el arma⁷; el acta de la diligencia de allanamiento⁸; el informe de investigador de laboratorio del 15 de septiembre de 2008, mediante el cual se realizó el estudio de balística a los proyectiles de calibre 38 Special hallados en la Carrera 55ª con Calle 140ª del Barrio Corpovida de Floridablanca, lugar en el que tuvo lugar el homicidio, determinando que los proyectiles pudieron haber sido disparado con un arma de fuego tipo revolver calibre 38 largo, entre otras marcas

Smith & Wesson, Ruger⁹; el informe de análisis e identificación de residuos de disparo realizado a las muestras tomadas de las manos de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA, que estableció que el arma que probablemente se disparó en los hechos es un revólver calibre 3810;

7.- La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, el día 28 de agosto de 2009. En ella, se les formuló acusación a los procesados como coautores de los delitos de Homicidio agravado según los artículos 103 y 104.7 del Código Penal, en concurso heterogéneo con Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal y se relacionaron las mismas pruebas que se tuvieron en cuenta a la hora de presentar el escrito de acusación.

8.- La audiencia preparatoria se surtió el 15 de octubre de 2009, a instancias del mismo Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento y, en ella, la fiscalía solicitó tener como pruebas en el juicio, las relacionadas en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de acusación.

9.- Teniendo en cuenta la solicitud de libertad por vencimiento de términos impetrada por el apoderado de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, el 27 de enero de 2010 se realizó audiencia preliminar, ordenándose su libertad.

10.- El 22 de febrero de 2010, el abogado de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ radicó, ante el Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, escrito mediante el cual puso de manifiesto la intención de su representado de aceptar cargos por el delito de Porte ilegal de armas de defensa personal¹¹.

11.- La audiencia pública de juicio oral fue iniciada el 23 de febrero de 2010, ante el Juez Séptimo Penal del Circuito, presentando la fiscalía, al inicio de ella, un preacuerdo realizado con el acusado DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ, por la conducta punible de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal. Ante ello, el

presidente de la audiencia, luego de escuchar los hechos objeto de preacuerdo, verificó su legalidad y lo aceptó.

12. Mediante auto del 10 de mayo de 2010¹², el Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, decidió romper la unidad procesal para dividir el proceso en dos; por una parte, las diligencias por el delito de Homicidio agravado en contra de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y WILSON Mogollón Pinzón y por el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones contra MOGOLLÓN PINZÓN, puesto que este no había realizado aceptación de cargos, proceso cuyo conocimiento continuaría radicado en ese Juzgado y; por otra parte, las diligencias contra DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de defensa personal que aceptaba y que se remitirían al centro de servicios judiciales para que se le asignara un nuevo radicado.

13.- El nuevo proceso que se originó en virtud del preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el acusado GONZÁLEZ MARTÍNEZ por el delito anteriormente mencionado, le correspondió por reparto, al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, quien adelantó la audiencia de verificación del consenso el 15 de diciembre de 2010. En ella, luego de escuchar los hechos que originaron el proceso y al verificar que el imputado había aceptado los cargos de manera libre, consciente, voluntaria, sin presión ni apremio de ninguna índole, debidamente informado, asesorado por su defensor y sin que se advirtiera la violación de sus derechos fundamentales, le impartió aprobación y, consecuentemente, realizó la individualización de la pena y profirió sentencia condenando según lo preacordado a DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ, a la pena principal de 32 meses de prisión por el delito de Porte ilegal de armas de fuego o municiones y a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la sanción principal impuesta, concediéndole la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad por un periodo de prueba de tres años, el pago de caución y la suscripción del compromiso correspondiente.

14.- Contra este fallo, la defensa interpuso recurso de alzada, pues consideró que los hechos por los cuales su representado aceptó responsabilidad, fueron los del 18 de junio de 2009, fruto de la diligencia de allanamiento en donde le fue encontrada e incautada arma de fuego revólver Smith Wesson Special calibre 38L, No. 29245, 9 cartuchos para dicha arma, 11 cartuchos para pistola 7,65 mm, y un cargador para pistola, y no los hechos acaecidos el 20 de julio de 2008, en los cuales se produjo el homicidio con arma de fuego de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA.

15.- Luego de surtirse el correspondiente traslado del recurso a la fiscalía, su representante manifestó que efectivamente se había incurrido en un error al tramitar bajo la misma cuerda procesal dos circunstancias fácticas diferentes, puesto que lo que debió realizarse fue adelantar una investigación diferente por el arma que le fue encontrada en el allanamiento, de manera tal que el enjuiciado estaba aceptando el porte ilegal de armas del allanamiento y no aquel por el que se le acusó, en concurso con Homicidio agravado, razón por la cual considera que en este caso debía muy probablemente decretarse la nulidad de lo actuado por falta de aplicación del debido proceso.

16.- El 12 de octubre de 2011 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga emitió su pronunciamiento, confirmando en todas sus partes la decisión recurrida, pues pudo establecer, al revisar las condiciones del preacuerdo, que tanto DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ como su defensor lo aceptaron de manera libre e informada y, por ello lo encontró ceñido a la ley¹³. Destacó el Tribunal en su decisión que luego de dar a conocer los hechos objeto del consenso, el Juez de primera instancia le preguntó al defensor si esos eran los términos del preacuerdo, ante lo cual el togado respondió “... si ese es el término del preacuerdo”¹⁴

17.- Contra la sentencia de segunda instancia, la defensa interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda sobre cuya admisibilidad se pronuncia hoy la Corte

I. LA DEMANDA

Después de resumir los hechos, identificar las partes intervinientes en el trámite, la sentencia materia de impugnación y hacer un relato de lo actuado en las instancias, el accionante postula tres cargos contra la decisión del Tribunal.

El primer cargo es formulado bajo el amparo de la causal segunda de casación, y mediante él esgrime que la sentencia recurrida permitió la violación al debido proceso, afectando derechos y garantías fundamentales desde dos enfoques: (i) al haber permitido que dos jueces conocieran del mismo asunto, asumiendo conocimiento el segundo funcionario sin que se hubiera decretado la nulidad de la actuación llevada a cabo por el primero de ellos, generándose una coexistencia de aceptaciones de preacuerdo sobre un mismo matiz y, (ii) por haberse aceptado un consenso sobre una conducta atípica frente la cual nunca hubo formulación de imputación o de acusación.

Considera el demandante que los delitos imputados a su prohijado el 19 de junio de 2009, esto es, Homicidio agravado en concurso heterogéneo con Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, tuvieron como fundamento los hechos ocurridos el 20 de julio de 2008, donde resultó muerto MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA, sin que durante la diligencia se hiciera alusión a los acontecimientos del 18 de junio de 2009, en donde se le incautó un revólver, municiones y un proveedor en su residencia, al realizarse diligencia de registro y allanamiento.

De la misma forma, sostiene el casacionista que el defensor de la época no tenía

claro los términos por los cuales se adelantaba el preacuerdo y, con ello, mucho menos el procesado, pues dentro de la argumentación presentada en la audiencia de aprobación del preacuerdo, relacionó como elemento material probatorio del delito el acta de incautación del arma de fuego de la diligencia de registro y allanamiento efectuada el 18 de junio de 2009, en la casa del imputado, por lo cual habría un vicio en el consentimiento, por error de apreciación, al no tener claridad el acusado sobre qué hechos estaba negociando.

Así mismo, el demandante considera relevante tener en cuenta que el procesado manifestó que no aceptaba los sucesos de la conducta por la cual se celebró el convenio y se profirió la consecuente sentencia condenatoria, porque él tenía el arma en cuestión en el taller de carpintería y, que pese a ello, hubo aprobación del preacuerdo.

Agrega el recurrente que el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones imputado a su representado no se configura típicamente pues en “la situación fáctica de incautación del arma en la diligencia de registro y allanamiento ya referida, el verbo rector sería solo tenencia, el cual no está contemplado dentro del tipo legal como una conducta ilícita”¹⁵, y por lo tanto, al aprobar el preacuerdo lo hicieron por una conducta inocua.

El segundo cargo, formulado de manera subsidiaria, e igualmente postulado con apoyo en la causal segunda de casación, se basó en la violación del derecho a la defensa técnica, pues según su parecer, el procesado fue empujado a celebrar un preacuerdo sobre una cuestión fáctica y jurídica inexistente.

Insiste el demandante en la existencia de dos situaciones de hecho distintas; la primera, la que tiene que ver con los acontecimientos que se presentaron el 20 de julio de 2008, cuando se causó la muerte a MICHAEL JAIMES AYALA

y, la segunda, originada con ocasión de la diligencia de registro que se practicó en la casa de su representado y que dio lugar a un nuevo proceso por los punibles de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, cada una de ellas con un número de radicación diferente¹⁶.

Afirma el libelista que si la fiscalía consideraba como delito la tenencia del arma hallada en esta diligencia, debió, en su momento, proceder a formular la imputación por ello, máxime porque estarían en presencia de una situación de flagrancia y que resulta innegable que estas circunstancias son muy ajenas a las de la muerte de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA ocurrida el 20 de julio de 2008.

Luego de analizar los hechos que le fueron imputados a su representado, observó que en ningún momento se hizo relación fáctica de la incautación del revólver y munición en la diligencia de allanamiento.

Lamenta el impugnante que el defensor de confianza de la época hubiera propuesto un acuerdo sobre hechos atípicos, frente a los cuales no se encontraba procesalmente vinculado su poderdante y que la fiscalía haya terminado “haciéndole juego” a esta iniciativa, dando como resultando un preacuerdo improcedente, lo cual traduce en una desacertada e infundada orientación profesional, en contravía del querer del procesado, generándose una sentencia abiertamente incongruente, inconstitucional y desfavorable, más aún si se tiene en cuenta que ese profesional del derecho y la propia fiscalía aceptaron el yerro ante el juez de conocimiento y solicitaron que se declarara la respectiva nulidad.

El tercer cargo, también formulado con apoyo en la causal segunda del art. 181 de la Ley 906 de 2004, es fundamentado por el casacionista en el hecho de que tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia pretermitieron estadios procesales, pues se sucedieron decisiones sin haber sido verificadas en su totalidad las anteriores.

Apunta el demandante que ante la ausencia de formulación de imputación por los hechos aceptados en virtud del preacuerdo, no era posible la celebración del mismo y, al hacerlo, se violó la unidad dialéctica del proceso, con la consecuente afectación sustancial de su estructura, pues pese a no haber tenido su representado la condición previa de imputado, se celebró un acuerdo y se condenó por un comportamiento que jamás le fue endilgado, atropellándose la estructura elemental del proceso penal.

I. CONSIDERACIONES

Consideración preliminar. Resulta un tópico afirmar que la Corte no constituye una instancia adicional a las ordinarias previstas para el trámite procesal, razón por la cual no puede ser instrumentado el recurso como una oportunidad para realizar un debate fáctico y/o jurídico llevado a cabo dentro del proceso ya clausurado con el pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia, que ostenta la presunción de ser acertada y legal por ajustarse en un todo al ordenamiento jurídico¹⁷.

De la misma forma, es un lugar común sostener que para desvirtuar un fallo de tal envergadura, al demandante le debe asistir interés para recurrir, el cual concurre cuando el fallo que se demanda es, en todo o parte, desfavorable a sus pretensiones¹⁸. En sentido contrario, cuando la sentencia resulta conforme con sus aspiraciones, bien sea porque acoge sus posturas defensivas o porque se pronuncia en total correspondencia con los acuerdos que se han realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada, carecerá de interés para demandar su revisión¹⁹, puesto que la decisión desfavorable ha sido previamente consentida por el afectado²⁰.

Precisamente por ello, tanto la legislación como la jurisprudencia de la Sala han limitado la posibilidad de controvertir los términos del acuerdo celebrado entre las partes, pues con ello se provocaría una transgresión al principio de irretractabilidad, que se

proyecta en la prohibición de desconocer el pacto desde una doble dimensión: (i) por la manifestación expresa y directa de deshacer el arreglo ya realizado y, (ii) por discusión de los términos acordados²¹.

También es importante recordar que el acuerdo celebrado entre el imputado y la fiscalía resulta vinculante tanto para las partes procesales como para el juez, quien se encuentra sujeto a lo convenido por ellas, salvo que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o por desconocimiento de las garantías fundamentales.

Si bien es cierto que las partes procesales están facultadas para perseguir la invalidación del consenso por vía de la casación cuando el proceso abreviado se adelantó con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, también resulta indiscutible que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, figura bajo la cual el accionante pretende deshacer el acuerdo o bien cuestionar sus términos, o desconociendo lo pactado con la fiscalía, ejercicio que no es posible efectuar cuando se ha constatado su legalidad y, en consecuencia, se ha proferido el correspondiente fallo de instancia²².

Justamente por esta razón, la Sala ha establecido que la limitación en la controversia de los acuerdos con la fiscalía constituyen una garantía de seriedad del acto consensual, del deber de lealtad de las partes procesales y del cumplimiento del propósito político criminal que ontológicamente persiguen las instituciones del allanamiento y la negociación, pues la sostenibilidad del sistema de justicia criminal no se podría alcanzar si los juzgados y tribunales no se desahogan con la rapidez y eficacia que justamente viabiliza, premia y estimula esta vía procesal.

Primer Cargo.

El libelo que se examina basa su primera inconformidad contra la sentencia del Tribunal en la violación del derecho al debido proceso, basada en la coexistencia de aceptaciones sobre un mismo matiz, pues se permitió que dos jueces conocieran del mismo asunto.

El derecho al debido proceso ha sido distinguido por la Corte Constitucional desde dos perspectivas²³: el derecho al juicio justo y el derecho al debido proceso legal, resaltando que no toda violación a este último comporta violación al debido proceso constitucional, pues solo será constitucionalmente relevante la medida que desvirtúe el carácter justo del procedimiento diseñado por el legislador.

Igualmente, la Máxima intérprete de la Carta Política nacional definió la estructura básica del procedimiento penal de la Ley 906 de 2004, estableciendo claramente una etapa de investigación y acusación y una de juzgamiento, fijando las características de cada una de ellas²⁴, al tiempo que esta Corporación entendía el derecho al debido proceso penal como el respeto a una sucesión de actuaciones en sentido antecedente-consecuente, vale decir, como una serie de actos compuestos, consecutivos y escalonados, regulados en la ley procesal, cuyo fin se centra en la realización del derecho sustancial²⁵.

Pues bien, frente a esta primera inconformidad, la Sala constata que efectivamente el preacuerdo celebrado entre DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y la fiscalía, tuvo dos controles de constitucionalidad y legalidad: el primero por parte del Juez Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento y, el segundo, por la Juez Quinta Penal del Circuito con Funciones de conocimiento. Igualmente observa que los dos controles no se realizaron de manera simultánea como lo afirma el accionante, toda vez que el primero se surtió el 10 de mayo de 2010 y, el segundo, el 15 de diciembre

de la misma anualidad; y verifica que ambos controles fueron superados.

De la misma forma, se advierte que al tratarse de una audiencia de aceptación del preacuerdo, que legalmente puede presentarse tanto en la fase de investigación²⁶ y acusación como en la del juicio²⁷, el doble control que se le realizó, no afecta la estructura constitucional básica del proceso penal.

Esta actuación, que el demandante señala como violatoria del debido proceso, es para la Sala, por el contrario, una manifestación de control reforzado de garantías de la que los intervinientes gozaron, pues los términos del consenso fueron presentados ante dos jueces de la República, que tenían competencia para efectuar su control y aceptación, que de manera activa interrogaron a los sujetos procesales respecto a los hechos que originaron el proceso, los términos del preacuerdo, el conocimiento de las consecuencias de su aceptación y la libertad con que ella se produjo, que verificaron la capacidad del procesado para emitir su aceptación y que, con base en ello, llegaron a la conclusión de que el consenso cumplía con las exigencias constitucionales y legales y, por tal motivo, impartieron su aprobación.

Así las cosas, la Corporación estima que la participación de los jueces fue en todo momento activa e inclinada a asegurar el respeto por las garantías constitucionales, y que la decisión tomada por la Juez Quinta Penal del Circuito con Funciones de Control de Garantías respecto a escuchar los hechos en que se fundamentó el acuerdo, sus términos y volver a controlar su constitucionalidad y legalidad, le permitía a la funcionaria que iba a proferir el fallo de instancia, un real y efectivo ejercicio de la inmediación que debía tener con el objeto de decisión y, con ello, garantizaba de manera rayana que la decisión se tomaría acorde a las circunstancias que personal y directamente percibía. De esta forma observa la Sala que este doble ejercicio de verificación no produjo desquiciamiento alguno a la estructura constitucional del proceso, ni de los derechos y garantías del procesado.

De acuerdo a la postura del libelista, este doble ejercicio de control genera una nulidad por violación al debido proceso, toda vez que el segundo juez que intervino, vale decir, la Juez Quinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, no decretó, previamente a conocer el acuerdo, la nulidad del anterior control. Debido a ello, la Corporación recuerda que la institución de las nulidades se ha establecido como herramienta para sanear la violación de los aspectos sustanciales del derecho al debido proceso, de manera que, la violación que se señala como afectada, debe tener el carácter de trascendente, vale decir, requiere que la afectación repercuta de forma contundente, definitiva y perjudicial en el sistema de garantías que rodean a los sujetos procesales o en la ordenación del proceso, lo cual no ha ocurrido en el asunto bajo análisis, razón por la cual no se coge este reparo.

Desde otro extremo, el recurrente ataca el fallo de segunda instancia por considerar que este se emitió sin haberse resuelto una nulidad solicitada por la fiscalía que conllevaría a invalidar el acuerdo al que habían llegado las partes y la consecuente sentencia de carácter condenatorio, cercenado de esta forma el derecho al debido proceso.

Después de revisar los audios de las audiencias, encuentra esta Corporación que ni la defensa, ni la Fiscalía solicitó al ad quem la declaratoria de la ahora pretendida nulidad, como quiera que el defensor lo que interpone es recurso de apelación (Record 58'23" del registro de la audiencia), fundamentándolo en que los hechos aceptados habían sido los del 18 de junio de 2009 y no los del 20 de julio de 2008), mientras que la fiscalía, luego de haber manifestado que no interponía recursos (Record 58'20" del registro), durante el traslado de los no recurrentes afirmó que encontraba razonable y ciertas las afirmaciones del fiscal y que por tanto consideraba que «en este caso se debe muy probablemente decretarse (SIC) la nulidad de lo actuado por falta de aplicación del debido proceso) », (Record 01':02" del registro de la audiencia), de manera que lo expresado por la fiscal fue su

opinión respecto del recurso de apelación del recurrente.

Así las cosas, resulta claro que ninguna de las partes procesales solicitó la nulidad del preacuerdo o de su aceptación. Lo que realmente ocurrió fue que la defensa interpuso el recurso de apelación, basado en su inconformidad sobre los términos del acuerdo, frente al cual la fiscalía expresó su opinión de que “muy probablemente” debería decretarse una nulidad, que dicho sea de paso, no solicitó.

Teniendo en cuenta que a la hora de resolver la impugnación, el Tribunal se pronunció explícitamente sobre el objeto de inconformidad de la parte procesal recurrente, esto es, que los hechos aceptados fueron los del 18 de junio de 2009 y no los de 20 de julio de 2008, abarcando todos los extremos impugnatorios, la Sala no encuentra mérito para entrar a revisar de fondo este reparo.

Desde otra perspectiva, el accionante centra su inconformidad en el hecho de haberse avalado un acuerdo por una conducta atípica, como quiera que dentro de los verbos rectores del tipo penal de Fabricación, tráfico y porte de armas o municiones no se encuentra la tenencia, que fue justamente la acción realizada por el procesado al tener el arma en su casa, razón por la cual la conducta que se imputó deviene en atípica y, habiéndose endilgado cargos por una acción atípica, el acuerdo deviene en nulo.

A este respecto, la Sala se dirigirá a establecer cuál fue la conducta investigada y cuál la facticidad imputada, para pasar luego a determinar si ella es atípica, caso en el cual debería verificarse las consecuencias de ser así, que ello tendría frente al preacuerdo celebrado.

Frente a ello, encuentra la Corte que los hechos endilgados en la audiencia de formulación de imputación realizada el 19 de junio de 2009 ante la Juez Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, se concretaron de la

siguiente manera:

«... ocurrieron a las 11:30 horas del 20 de julio del año 2008, en la carrera 55ª con calle 104ª, más exactamente frente al inmueble identificado con la nomenclatura 104ª-03, del barrio Corpovisur, primera etapa del Municipio de Floridablanca, Santander, cuando transitaba por este sector JAIME ANDRES LEAL JAIMES y MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA y fueron interceptados por WILSON MOGOLLÓN PINZÓN, alias GORILÓN, DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y otro sujeto apodado PETER, para seguidamente esgrimir MOGOLLÓN PINZÓN, un arma de fuego y percutirla en varias oportunidades contra la humanidad de MICHAEL RODOLFO, quien falleció de manera inmediata como consecuencia de esta acción, abandonando GORILÓN y PETER el lugar de los hechos a bordo de una motocicleta de placas CLÑK 99B, haciendo lo mismo DANIEL a pie, quedándose en la carpintería donde trabaja y reside, ubicada precisamente a una cuadra de este sector en la carrera 56 número 104ª-14, del sector barrio La Cumbre de esta ciudad. Estos son los hechos objeto de investigación. Estos hechos encuentran perfecto acomodo en los artículos 103 y 104 de la obra sustantiva penal vigente, el último numeral 7º específicamente que habla de una circunstancia de agravación y hace alusión al fenómeno de la indefensión e inferioridad que puede ser provocada o aprovechada, en este evento estamos en presencia de una indefensión aprovechada básicamente porque consiste en eliminar o de disminuir cualquier posibilidad de defensa que tenga la víctima, y esto ocurre cuando un suceso de esta naturaleza se da precisamente de manera sorpresiva e inesperada, entonces la víctima no espera ser agredida y como consecuencia de esta situación aparece muy claro el estado de indefensión sin olvidar que aquí juega papel importante algunos elementos como la asechanza, la alevosía que también tiene lugar en estos eventos ... ».

Posteriormente, en el escrito de acusación se reseñaron los siguientes sucesos:

«ACAECIERON EL 20 DE JULIO DE 2008 A ESO DE LAS ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA, EN EL BARRIO CORPOVISUR I, DE FLORIDABLANCA, CARRERA 55 A CON CALLE 140 A, CUANDO DESPUES DE HABER AMENAZADO LA NOCHE ANTERIOR A LA VÍCTIMA, LOS INDIVIDUOS CONOCIDOS COMO GORILON, DANIEL Y PETER, INTERCEPTARON A JAIME ANDRES LEAL JAIMES Y A MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA, PERCIBIENDO JAIME ANDRES, QUE IBAN POR MICHAEL, POR LO CUAL SALIÓ CORRIENDO, PERO POSTERIORMENTE DE DEVOLVIÓ, ATACÁNDOLOS AQUELLOS, DISPARANDO GORILON CONTRA MICHAEL, A QUIEN LO TUMBO (SIC) UN DISPARO RECIBIDO EN LA CABEZA E IGUALMENTE RECIBIENDO OTRO EN LA REGION (SIC) CERVICAL POSTERIOR LATERAL DERECHA, SUFICIENTES PARA PRODUCIRLE LA MUERTE. SE HAN IDENTIFICADO A DOS COAUTORES DEL HOMICIDIO, COMO DANIEL GONZALEZ MARTINEZ Y WILSON MOGOLLON PINZON, ALIAS GORILON.»²⁸.

En el acta de la audiencia de formulación de acusación, se manifestó que:

«...EL FISCAL ACUSA A DANIEL GONZALEZ MARTINEZ Y A WILSON MOGOLLON PINZON POR LOS DELITOS DE HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO. VERIFICADO EL ESCRITO DE ACUSACIÓN LOS INTERVINIENTES NO MANIFESTARON OBJECIONES. NO SE MANIFESTARON IMPEDIMENTOS, RECUSACIÓN O NULIDADES...»²⁹.

Así las cosas, encuentra la Sala que los hechos imputados no tuvieron que ver con el arma incautada en el domicilio del procesado el día 18 de junio de 2009, sino, con el arma portada sin permiso estatal y con la que se le ocasionó la muerte a MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA el 20 de julio de 2008, conducta que a todas luces resulta típica, como quiera que se encuentra procesalmente acreditado ninguno de los procesados por el homicidio con arma de fuego se encontraba en posesión del salvo conducto al que se hallaban legalmente obligados y de esta forma, no será posible darle acogida al

planteamiento del casacionista, pues se encuentra verificado que la conducta imputada es totalmente típica.

Debido a que la falta de univocidad entre la conducta imputada y la aceptada constituye el argumento del tercer cargo que el libelista presenta como un desarrollo paralelo al primer cargo, diferiremos a su momento el análisis de este reparo.

Segundo Cargo.

Desde otro extremo, sostiene el accionante que se configuró la violación del debido proceso por falta de defensa técnica, en razón a que, según considera, los profesionales del derecho que anteriormente asistieron al imputado, no ejercieron adecuadamente el cargo para el cual fueron designados, toda vez que no realizaron un análisis serio de los hechos por los cuales se realizaba la aceptación de cargos, puesto que en caso de haberlo efectuado se hubieran percatado que la conducta era atípica y que jamás se realizó imputación por ella.

Pues bien, para que la censura por violación del derecho de defensa técnica tuviera alguna viabilidad en sede extraordinaria, el demandante debía demostrar que el condenado estuvo en total orfandad defensiva durante el devenir procesal, bien sea por carencia de nombramiento de defensor, por desatención de los deberes del ejercicio profesional o por falta de idoneidad del togado³⁰, que generaran una situación de desamparo total, circunstancia que no encuentra acreditada la Sala.

Pues bien, una vez estudiadas las piezas procesales que conforman la actuación procesal, esta Corporación ha podido verificar que DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ estuvo permanentemente asistido por su defensor de confianza, y que en compañía de él estuvo presente en la audiencia de formulación de imputación, celebrada el día 19 de junio de 2009 ante el Juez Séptimo Penal Municipal de Bucaramanga con Funciones de Control de

Garantías, en donde se le formuló imputación por los hechos acaecidos el día 20 de julio de 2008, aproximadamente a las 11:30 a.m., en donde ocasionó la muerte de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA, en calidad de coautor del concurso heterogéneo de los delitos de Homicidio agravado y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o de municiones.

De igual manera, se ha podido constatar que el imputado y su defensor estuvieron presentes en la audiencia de formulación de la acusación, surtida el 28 de agosto de 2009 a instancia del mismo Juez Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, diligencia en la que el defensor de confianza manifestó tener en su poder el escrito de acusación presentado por la fiscalía el día 13 de julio de 2009, en la cual se le formuló formalmente acusación como coautor del concurso homogéneo de Homicidio agravado (artículo 103 y 104.7 de la Ley 599 de 2000), en concurso heterogéneo con el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o de municiones, por los hechos acontecidos el día 20 de julio de 2008, en el barrio Corpovisur I, del municipio de Floridablanca, Santander, en donde se produjo la muerte del joven MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA, en el cual se relacionaron como elementos materiales probatorios el acta de la diligencia de allanamiento al domicilio de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ; el registro fotográfico de esta diligencia, en cuyas tomas se relacionaron las armas allí encontradas; el informe de investigador de laboratorio de fecha 18 de junio de 2009, mediante el cual se realizó el informe balístico al arma y la munición hallada durante el allanamiento; el informe de investigador de campo número 3622, rendido por MOISES ALBERTO CABREJO MARTÍNEZ, respecto a la diligencia de registro y allanamiento realizada el 18 de junio de 2009, entre otros.

Más tarde, abogado y representado también estuvieron presentes en la consecuente audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía le formuló la correspondiente acusación por el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas o municiones agravado, tipificados por los artículos 103, 104.7 7 y 10, bajo la circunstancia de mayor punibilidad prevista por el artículo 58.10 del Código Penal, con

ocasión de los hechos ocurridos el día 20 de julio de 2008, cuando a la altura de la carrera 55A con calle 140A, se produjo el homicidio del ciudadano MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA.

Así mismo ocurrió en la audiencia preparatoria, en donde una vez más se narraron los hechos acaecidos el 20 de julio de 2008 y se solicitó tener como prueba de los delitos de Homicidio agravado y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, el acta de la diligencia de allanamiento efectuada en la residencia de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y el estudio balístico efectuado al arma y a la munición.

Téngase también en cuenta que tanto el defensor como el imputado concurrieron a las dos audiencias de aprobación del preacuerdo celebrado con la fiscalía, las cuales fueron presididas por los Jueces Séptimo y Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, y escucharon nuevamente de manera directa la imputación fáctica y jurídica que se le realizó en cada una de ellas, la cual correspondía a los sucesos del día 20 de julio de 2008, cuando se ocasionó la muerte MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA, por tres sujetos que luego del acto emprendieron la huida.

En este sentido, debemos destacar que durante las dos audiencias que verificaron el preacuerdo, los jueces, indagaron activamente al procesado si esta decisión había sido asesorada por su defensor, respondiendo en sentido afirmativo frente a todas ellas, tal y como se evidencia en el registro 11'08" de la audiencia del 28 de agosto de 2009, realizada ante el Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, como en el registro 27'48" de la audiencia surtida ante la Juez Quinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento.

Censura el accionante que el defensor de la época hubiera recomendado una aceptación de cargos improcedente y que ello desvela una falta de defensa técnica al

procesado que deviene en una violación al derecho a la defensa; sin embargo, la Sala pudo constatar que la actividad del litigante fue activa y vigilante frente al deber de protección de los intereses de su representado, pues los registros dan cuenta de haberse entrevistado con él, previamente a la aceptación de los cargos formulados³¹, con lo cual el presunto vicio, carece de sustento fáctico.

Recogiendo la jurisprudencia³² de la Corporación en la materia, hay que advertir que esta ha indicado de manera reiterativa que el defensor goza de plena autonomía en su estrategia defensiva, pudiendo entonces orientar la custodia de los intereses que representa de la forma que considere pertinente, y que el desacuerdo con la táctica de defensa asumida no basta para sostener que el derecho de defensa técnica ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone a los defensores algún tipo de criterio estratégico.

Así las cosas, la Sala no encuentra evidencia de que el derecho a la defensa técnica haya sido conculcado, mientras que lo que se advierte es una constante actividad defensiva en cada una de las fases procesales, razón por la cual el reparo que propone el accionante impide que la demanda sea admitida.

Teniendo como fundamento las anteriores consideraciones, esta Corporación no halla mérito para que se pueda sostener fundadamente que el acusado haya sido “empujado” a celebrar un preacuerdo por una cuestión fáctica inexistente. Por el contrario, en cada una de las intervenciones de éste se le percibe informado de sus derechos y de las consecuencias tanto favorables como adversas de su admisión de responsabilidad.

Durante la audiencia celebrada ante el Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento se le indagó si el preacuerdo era fruto de su voluntad³³, si fue asesorado por el defensor³⁴, si le advirtieron de las consecuencias de renunciar a sus derechos procesales y si le advirtieron de las consecuencias de aceptar los cargos³⁵, a

lo cual respondió diáfaramente de manera afirmativa en todas las oportunidades³⁶.

Así también ocurrió en la audiencia del 15 de diciembre 2010, celebrada bajo la presidencia de la Juez Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, quien luego de recordarle sus derechos le indagó si había tenido la oportunidad de conocer las consecuencias de renunciar a ellos, contestando afirmativamente³⁷, al igual que manifestó no haber sido obligado a aceptar el acuerdo y haber tenido la oportunidad de estar asesorado profesionalmente frente a los términos del consenso³⁸.

De manera que, al no observarse algún tipo vicio en la capacidad del procesado para consentir, su liberalidad y voluntariedad en la aceptación del acuerdo, su asesoramiento profesional permanente y su conocimiento respecto de las consecuencias de su aceptación, se despacha desfavorablemente el segundo cargo formulado.

Tercer Cargo.

Procederá la Sala en este momento a atender la inconformidad del recurrente apuntalada en el tercer cargo, y que constituye en realidad el desarrollo de la parte final de los argumentos del primer cargo, según el cual no existió congruencia entre la situación fáctica y lo jurídicamente preacordado y se pretermitieron estadios procesales, pues se aceptó un preacuerdo sin que hubiera habido imputación sobre los hechos aceptados, puesto que la aceptación que realizó su representado se encontraba dirigida al porte de armas: de la pistola y la munición encontrada en su vivienda durante la diligencia de incautación y allanamiento realizada a su domicilio el 18 de junio de 2009 y no al porte de armas asociado a los hechos del 20 de julio de 2008.

Pues bien, cuando se analizó el primer cargo contra la sentencia del Tribunal, la Sala estableció que los hechos por los que se formuló imputación fueron los ocurridos el día 20 de julio de 2008, cuando de manera violenta se le arrebató la vida a MICHAEL RODOLFO JIMENEZ AYALA, quien recibió dos impactos de bala en su humanidad, por los cuales a Wilson Mogollón Pinzón y a DANIEL GONZÁLEZ MARTINEZ se les imputó en calidad de coautores, los delitos de Fabricación, Tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Ahora, analizando las piezas procesales que conforman la actuación, OBSERVA la Sala que la diligencia de allanamiento en la que le fue encontrada el arma a DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ fue ordenada con el propósito de hallar el arma homicida de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA. Así se desprende del audio de la audiencia reservada de solicitud de orden de captura, que se realizó el día 12 de junio de 2009, bajo la dirección de la Juez Noveno Penal Municipal Con Función de Control de Garantías, en la cual al momento de anunciar el Fiscal el respaldo probatorio de su solicitud expuso:

«La fiscalía no efectúa aquí registro de naturaleza fotográfica en razón a que este señor DANIEL es visto diariamente por el testigo JAIME ANDRÉS LEAL JAIMES quien pasa constantemente por la carpintería donde este reside y trabaja y en donde la fiscalía va a ordenar un registro y allanamiento porque se presume que allí están las armas con las que se perpetró este atentado contra la vida, los cuales se realizarán el día martes de la presente anualidad”»

Posteriormente, en el informe de investigador de campo generado con ocasión de la diligencia de allanamiento y registro, el funcionario de policía judicial MOISES ALBERTO CABREJO MARTÍNEZ consignó como objetivo de la diligencia el siguiente:

«LA DE ENCONTRAR EVIDENCIAS FÍSICAS Y ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE SIRVAN DE PRUEBA PARA LA INVESTIGACIÓN, ESPECIALMENTE EL ARMA UTILIZADA EN EL

EPISODIO DELICTIVO, ADEMÁS DE CAPTURAR A DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ, QUIEN RESIDE Y TRABAJA ALLÍ.»³⁹ (Resaltado de la Corporación).

Igualmente en la descripción de los actos de investigación, especificó como uno de ellos el de incautación y recuperación de elementos⁴⁰.

Así las cosas, es evidente que el arma hallada en el lugar de residencia tenía una conexión fáctica con los hechos del 20 de julio de 2008 y, justamente por ello, no se abrió una investigación independiente por porte ilegal de armas, pues los sujetos procesales entendieron que bajo esta actuación se estaba investigando el porte ilegal del arma con la que se produjo el homicidio de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA y que el arma hallada en el domicilio del procesado hacía parte de la misma facticidad que se continuaba ejecutando sin solución de continuidad, y que por lo tanto, no daba lugar a la apertura de una nueva investigación por este hecho aislado, como ahora lo pretende sugerir el demandante.

A su vez, ha verificado la Colegiatura que durante la audiencia de formulación de imputación, la facticidad atribuida hizo referencia a los hechos del día de la independencia del año 2008, mientras que el señalamiento jurídico se realizó contra los procesados en calidad de coautores de los delitos de Homicidio agravado en concurso con Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Contrario a lo argumentado por el recurrente, la Sala ha podido verificar que la defensa y la fiscalía guardaron silencio frente al rompimiento de la unidad procesal decretada por el Juez Séptimo Penal del Circuito el día de la audiencia y de manera escrita posteriormente, lo cual revela que sin lugar a dudas, las partes procesales tenían pleno conocimiento de los hechos por los cuales había surgido el proceso identificado con el CIU 68001-6000-159-2008-80303-00, al interior del cual se presentó el consenso.

Justamente por ello, el juzgador de primera instancia declaró en su sentencia que:

«Con la conducta punible aceptada por el acusado, se atentó contra bienes jurídicos que la ley protege, que para el caso presente fue, la seguridad pública, sin que concluyan causales excluyentes de responsabilidad del acusado. Igualmente en esta oportunidad la fiscalía presentó elementos materiales probatorios con los cuales conlleva a corroborare (SIC) efectivamente que se puede desvirtuar la presunción de inocencia, elementos materiales probatorios, de los cuales cuyas copias fueron compulsadas para esta carpeta y el experticio del arma de fuego con número interno 26225 de brazo de fijación de tambor, teniendo igualmente como resultados que el arma es apta para los fines para los cuales fue fabricada, esto es, para disparar.»⁴¹.

Así las cosas, de acogerse la postura del actor, tendrían que adelantarse dos procesos contra el procesado por Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones, la originada en los hechos del 20 de julio de 2008 y la originada con base en los hechos del 18 de junio de 2009, lo cual iría en contra de sus intereses, razón por la que la falta de interés para recurrir del demandante se hace evidente.

Pretender una retractación de los términos del preacuerdo (por la facticidad), constituye una falta de lealtad con la administración de justicia, lamentablemente avalado por la representante de la fiscalía que no tenía pleno dominio del proceso, pues como se ha dicho, existe múltiple evidencia de que las partes procesales conocían ampliamente los términos del consenso.

El escrito de acusación, por su parte, también guardó coherencia con esta facticidad y, siendo este el momento procesal en que la fiscalía debía descubrir la prueba con la que respaldaba su postura, anunció en su documento los siguientes elementos de convicción: inspección técnica al lugar de los hechos y al cadáver de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA y su necropsia⁴²; informe ejecutivo sobre actos urgentes⁴³;

informe de investigador de campo número 3622, rendido por MOISES ALBERTO CABREJO MARTÍNEZ, respecto a la diligencia de registro y allanamiento realizada el 18 de junio de 2009 en donde se halló el arma⁴⁴; acta de la diligencia de allanamiento⁴⁵; informe de investigador de laboratorio del 15 de septiembre de 2008, mediante el cual se realizó el estudio de balística a los proyectiles de calibre 38 Special hallados en la Carrera 55ª con Calle 140ª del Barrio Corpovida de Floridablanca, lugar en el que tuvo lugar el homicidio, y que determinó que los proyectiles pudieron haber sido disparados con un arma de fuego tipo revolver calibre 38 largo, entre otras marcas Smith & Wesson, Ruger⁴⁶; informe de análisis e identificación de residuos de disparo realizado a las muestras tomadas de las manos de MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA el cual estableció que el arma probablemente disparada en los hechos es un revólver calibre 38⁴⁷; informe de investigador de campo de 20 de julio de 2008, que realizó la documentación fotográfica del lugar de los hechos; informe ejecutivo de actos urgentes, del investigador de campo DOUGLAS BELTRÁN OSOSRIO, quien elaboró el registro fotográfico a la diligencia de allanamiento del 18 de junio de 2009, en cuyas tomas fotográficas 7, 8, 10, 11, 12 y 13, se relaciona el arma incautada en la diligencia de registro del 18 de junio de 2009⁴⁸; informe de investigador de laboratorio de fecha 18 de junio de 2009, mediante el cual se realizó el informe balístico al arma y la munición hallada durante el allanamiento a la vivienda de DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ⁴⁹.

Todas estas fuentes de prueba, de manera unánime, apuntaban a los hechos que se presentaron el 20 de julio de 2008, razón por la cual, se percibe claramente que los investigadores vincularon el arma encontrada en el allanamiento con estos sucesos, y que por este motivo no se adelantó un proceso separado para investigarlos, sino que muy por el contrario, esta arma se constituyó como evidencia física del delito de Homicidio agravado y del Porte ilegal de armas que con ocasión de los hechos acontecidos el 20 de julio de 2008 se investigaban y, por ello, también en la audiencia

preparatoria fueron objeto de solicitudes probatorias para sustentar su pretensión.

Más tarde, en la audiencia del juicio oral, cuando el Juez le otorgó la palabra a la fiscal para que realizara la presentación del preacuerdo ésta afirmó en el record 8'22" del audio:

«Es la fiscalía la que acepta que el imputado llegue a un preacuerdo para que haya una rebaja de pena en esta etapa procesal, teniendo en cuenta igualmente que DIEGO GONZÁLEZ MARTÍNEZ acepta ese preacuerdo por el concurso heterogéneo relacionado con el delito definido en el artículo 365 del Código Penal, esto es, el bien jurídico afectado de la seguridad pública y modificado por la ley 1142 de 2007 en su artículo 38 ...». (Destacado de la Sala).

Así las cosas, la Sala observa que la fiscalía informó al juez, que el preacuerdo se había realizado, por uno de los delitos imputados en concurso, vale decir del Homicidio agravado y el Porte ilegal de armas, por aquel definido en el artículo 365 del Código Penal, quedando entonces claro que se trataba de los hechos del 20 de julio de 2008.

Y luego de que la fiscalía presentara el preacuerdo, el Juez le indagó al defensor si esos eran los términos de mismo, escuchándose al record 10'32", que afirma:

“Sí, ese es el término del preacuerdo”.

Más aún, en el record 20'04" de la grabación, se puede escuchar al Juez, luego de haber oído a las partes presentar su solicitud de aceptación del preacuerdo y los hechos que se aceptaban:

«Como la acusación está dada contra dos personas bajo la forma de participación de la coautoría y además por dos delitos, uno de los cuales se preacordó, esto significa

entonces a voces del artículo 53 de la Ley 906 de 2004, inciso 3º, que hay lugar a decretar el rompimiento de la unidad procesal». (Destacado de la Sala).

Respecto a esta decisión los sujetos procesales no manifestaron oposición y luego, el mismo Juez, concretó la forma en que quedarían los procesos en el record 22'10":

«Para DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ quedaría el homicidio, el delito contra la vida y, para Wilson Mogollón Pinzón las dos conductas por las cuales fuere acusado».

Así las cosas, la Colegiatura advierte que el Juez transmitió clara y contundente a la audiencia, que DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ aceptaba el delito de Porte ilegal de armas, razón por la cual su juicio continuaría solo por el delito de Homicidio, mientras que al no existir aceptación de cargos por Wilson Mogollón Pinzón, el juicio en su contra continuaba por los dos punibles: Hurto agravado y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de fuego o Municiones, guardando las partes procesales total conformidad con la decisión.

Seguidamente, al preguntarle al acusado GONZÁLEZ MARTÍNEZ si aceptaba los cargos, éste le respondió al Juez «Del homicidio no acepto los cargos señor Juez» (record 22'30"), siendo entonces obvio, una vez más, que los aceptaba por la otra conducta acusada, esto es, por la Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, del 20 de julio de 2008 y, luego de ello, el Juez que presidía la diligencia procedió a romper la unidad procesal.

Posteriormente, al revisar el audio de la audiencia de verificación y aceptación del preacuerdo, realizada el 15 de diciembre del 2010, cuando la fiscal fue requerida por la Juez para que expusiera los hechos que dieron origen al acuerdo, señaló en el record 23'54":

«Estos hechos acaecieron el 20 de julio de 2008, a eso de las 11:30 de la mañana, en el barrio Corpovisur I de Floridablanca, carrera 55 A con calle 104 A, cuando después de haber amenazado la noche anterior a la víctima, los individuos conocidos como GORILÓN, DANIEL y PETER interceptaron a JAIME ANDRES LEAL y a MICHAEL RODOLFO JAIMES AYALA, percibiendo JAIME ANDRÉS que iban por MICHAEL, por lo cual salió corriendo, pero posteriormente se devolvió, atacándolos aquellos, disparando GORILÓN contra MICHAEL a quien lo tumbó un disparo recibido en la cabeza, igualmente recibiendo otro en la región cervical posterior, lateral derecha suficiente para producirle la muerte. Se han identificado dos coautores del homicidio como DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ y WILSON MOGOLLÓN PINZÓN, alias GORILÓN».

Aún más, luego de que la fiscal realizó la reseña fáctica que originó el preacuerdo, la juez le concedió el uso de la palabra al defensor para que manifestara su posición frente a los hechos, a lo cual, en el record 26'50'' del audio este indica:

Si su señoría, efectivamente el preacuerdo consiste en el Porte ilegal de armas que acepta DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ por hechos ocurridos tal cual como lo ha manifestado la honorable fiscal y en el momento antes del interrogatorio correspondiente antes de juicio oral, se decide aceptar los cargos por el porte ilegal de armas consagrado en el art. 356 del Código Penal, y efectivamente esta es la situación que nos tiene ante su señoría para solicitarle muy amablemente impartir su aprobación a dicho preacuerdo, muchas gracias honorable juez. (Destacado de la Sala).

Así las cosas, no cabe duda alguna para la Sala que el delito por el que se realizó el preacuerdo fue realmente el generado con base en los hechos del 20 de julio de 2008, que se enmarcan típicamente en el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego

o Municiones y frente al cual se surtió en su oportunidad la correspondiente formulación de imputación y de acusación como ha quedado demostrado y cuya facticidad era conocida y compartida por todos los sujetos procesales

De esta forma también ocurrió con el control que ambos jueces realizaron respecto a la libertad, voluntariedad y conocimiento de los términos del consenso por parte del procesado. Durante la audiencia surtida en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, el acusado respondió en el record 10'58'' que el acuerdo era fruto de su voluntad; en el record 11'08'', que estuvo asesorado por su defensor y en el record 12'15'', que conocía las consecuencias que le acarrearía la celebración del acuerdo, para finalmente aceptarlo en el record 12'23''.

Más tarde, durante la audiencia practicada el 15 de diciembre de 2010 bajo la dirección de la Juez Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, luego de recordarle los derechos que lo amparaban, se le indagó respecto a su aceptación del acuerdo, respondiendo en el record 27'48'' afirmativamente.

Esta respuesta brindada por el procesado, merece una reflexión especial, puesto que el accionante sostiene que a través de esta respuesta el enjuiciado negó su aceptación de los términos del convenio.

Contrario a lo anterior, esta Sala pudo apreciar el contenido de la pregunta realizada y la respuesta obtenida, llegando a una conclusión muy diferente, pues luego de recordarle los derechos que le son inherentes, la Juez, al record 28'45'' le preguntó:

«¿Alguna persona lo ha obligado a Usted a aceptar este preacuerdo?», a lo cual respondió «no señora Juez». Y luego le cuestiona: «¿Tuvo Usted la oportunidad de estar asesorado por el señor defensor, a que él le pusiera en

conocimiento las consecuencias de este preacuerdo?», respondiendo en el record 28'55" del audio: «No acepto porque el arma la tenía en el taller, ahí en el taller de ahí, en la casa, como tengo un taller de muebles ahí la tenía».

Pues bien, al valorar la Sala la entonación con la que se ofreció la respuesta por el procesado, resulta evidente que no entrañaba una negación, sino una explicación a una respuesta afirmativa, ya que examinadas de manera global la totalidad de las respuestas ofrecidas con anterioridad por el acusado, el contexto en el que la respuesta fue entregada, y la reacción de la Juez que presidía la audiencia, mal podría estimarse que se trataba de una negación.

Al igual que el Tribunal Superior, la Corporación no encuentra seriedad en esta postura, pues tanto el defensor, como el imputado y la fiscalía conocieron los términos de la imputación, los del escrito de acusación, los elementos probatorios que se anunciaron como soporte del mismo⁵⁰, en donde se hallaban las actas de la diligencia de allanamiento e incautación del arma y los estudios técnicos que se le practicaron, entre otras; las anunciada durante la audiencia de formulación de la acusación⁵¹, donde nuevamente se señalan los elementos materiales probatorios producto de la audiencia de allanamiento del 18 de junio de 2009; la evidencia física y los elementos materiales probatorios revelados durante la audiencia preparatoria⁵² y que fueron solicitados tener como prueba de los hechos ocurridos el 20 de julio de 2008, en donde también se hallaban los informes generados con fundamento en la diligencia de allanamiento a la vivienda del procesado en donde vinculaba el arma encontrada en la diligencia de registro y allanamiento con la disparada el día del homicidio⁵³.

También se ha establecido que la totalidad del desarrollo procesal tuvo como génesis los hechos acontecidos el día 20 de julio de 2008 y que a ellos estuvo vinculado el hallazgo del arma en el domicilio del imputado el día en que realizó el allanamiento, y por ellos fue que se formuló imputación, y que tanto el acta de la diligencia de

allanamiento, como el informe balístico realizado al arma incautada, obraron como evidencia física y elemento material probatorio de los hechos sucedidos en esas calendas. Queda diáfano entonces, que el arma incautada siempre estuvo relacionada por los sujetos procesales, con las diligencias que por los delitos de Homicidio y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones se seguía.

Con ello, es nítido para esta Colegiatura que el acuerdo celebrado con la fiscalía tuvo como fundamento desde el principio los sucesos del 20 de julio de 2008 y no, como lo pretende asumir el demandante, por la evidencia encontrada durante el día del 18 de junio de 2009 con ocasión de la diligencia de incautación y registro realizada en el domicilio de su representado, hecho que constituye una misma unidad fáctica con aquellos.

Contrario a la lectura integral de los hechos que realizaron los jueces de instancia, el accionante pretende alcanzar la nulidad del acuerdo descomponiendo la conducta en diversos actos, para indicar luego, que la aceptación de cargos lo fue solo por un fragmento de ella, cuando en realidad de lo que se trata es de una continuidad fáctica, que fue ampliamente argumentada, conocida y aceptada por todos los sujetos procesales: los hechos iniciados el 20 de julio de 2008, cuya investigación se extendió hasta el momento en que se incautó el arma con la que presuntamente se había cometido el homicidio. La Sala no encuentra fundada esta concepción de los hechos, y teniendo en cuenta que si ella prosperara el procesado se vería sujeto a afrontar dos investigaciones por Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, causándole un grave desmedro, este cargo tampoco prosperará por falta de interés para recurrir.

Adicionalmente a lo anterior, resulta necesario acudir al mandamiento normativo contenido en el párrafo del artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, el cual precisa que por excepción, una vez aprobado por el juez de conocimiento el allanamiento a cargos o el acuerdo celebrado entre Fiscalía e imputado, procederá la retractación sólo en

la medida que el interesado acredite que su determinación estuvo viciada, lo cual no ocurrió en el presente asunto, tal y como lo demuestran los registros de audio, o que hubo transgresión de sus derechos fundamentales, lo que podrá realizar únicamente a partir de la aprobación del acuerdo y hasta antes de dictarse la sentencia. Es decir, una vez iniciada la lectura del fallo, como ocurrió en el presente asunto, la retractación no resulta procedente⁵⁴.

Así las cosas, concluye la Corte que por carecer el demandante de interés para recurrir, la demanda debe ser inadmitida.

Finalmente, el accionante, amparado en el numeral 2º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, solicita que se ordene la nulidad de lo actuado en el proceso, ante lo cual, es importante resaltar que la Sala⁵⁵ tiene precisado que los motivos de ineficacia de los actos procesales se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes, de acuerdo con los cuales y, en relación con el caso bajo estudio, cobra especial importancia el principio de protección, según el cual, la nulidad no puede ser invocada por el sujeto procesal que la haya originado con su actuación, salvo en los supuestos de falta de defensa técnica, que como se ha visto, en el presente caso no se configuró, mientras que el supuesto vicio si se habría generado por la solicitud y actuación del defensor y la fiscalía.

Igualmente, concurre en el presente asunto el principio de instrumentalidad, al tenor del cual no puede ordenarse la invalidez de un acto procesal cuando este haya cumplido la finalidad para la cual estaba destinado, puesto que los aspectos formales del acto solo están encaminados a hacer prevalecer los fines del derecho sustancial, de manera que, aun cuando no se cumplan los formalismos legalmente previstos, si el acto alcanzó la finalidad para la cual se encontraba previsto y hubo pleno respeto de las garantías constitucionales será válido, cosa que no acontece en el asunto analizado en donde la sentencia se profirió en total afinidad con el acuerdo como ha quedado

demostrado.

Por otra parte, de decretarse la nulidad procesal solicitada, se retrotraería el proceso para hacerle más gravosa la situación al encartado, pues como se ha dicho, habría lugar a iniciar dos procesos diferentes por el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones: la generada el día del homicidio y la surgida el día de la diligencia de incautación y allanamiento a su domicilio, lo cual iría sin lugar a duda en desmedro de sus intereses, situación por demás incompatible con la lealtad que el profesional del derecho le debe a su mandato.

Señala el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, que la demanda será inadmitida por falta de interés, cuando quien acude a la sede extraordinaria no persiga una consecuencia más benéfica de la irrogada en la sentencia de segunda instancia para el sujeto procesal o interviniente al que representa.

De esta forma lo ha indicado la Corporación, reiterando la postura que de tiempo atrás se viene desarrollando en cumplimiento del precepto legal en cita:

«La Corte ha señalado, de manera recurrente, que constituye presupuesto del derecho a la impugnación el interés jurídico del sujeto procesal que pretende, a través del ejercicio de los recursos, la reparación de un desmedro causado con una decisión judicial, cuando lo que se persigue es remover, mejorar o atemperar una situación que resulta gravosa. Es decir que la actuación del recurrente debe estar siempre encaminada a obtener un beneficio frente a lo declarado en la decisión contra la cual se interpone el mecanismo impugnatorio, careciendo de interés legítimo, por tanto, como ocurre en este caso, cuando la pretensión reporta un perjuicio o desmejora a esa situación.»⁵⁶.

En este orden de ideas este reparo de nulidad será inadmitido por falta de interés del recurrente.

Igualmente, la Corte encuentra que el consenso realizado con la fiscalía cumplió el objetivo para el cual fue celebrado y que en su desarrollo no se evidencia violación a derechos o garantías fundamentales, razón adicional para que este señalamiento no tenga acogida.

Así las cosas, esta Corporación estima que la demanda estudiada no cumple las exigencias mínimas legal y jurisprudencialmente establecidas para su estudio de fondo y, por tanto, se inadmitirá, ordenándose la devolución del diligenciamiento al Tribunal de origen, de conformidad con lo previsto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, pues no se advierte la necesidad de superar sus defectos de forma y contenido para la realización de los fines de la casación, ni la violación de garantías fundamentales que la Corte esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia por parte del accionante, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 inciso segundo ejusdem, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte⁵⁷.

5. Consideraciones Finales. Le corresponde a la Sala llamar la atención a la fiscal delegada a los jueces, fiscales y defensores que actuaron en el presente proceso para que, en lo sucesivo, la rapidez en la actuación no le reste precisión a la misma, se evite hacer alusión a las conversaciones sostenidas fuera de audio, pues se recuerda que las decisiones que adopten los jueces de las distintas instancias pueden fundamentarse exclusivamente en las pruebas apreciaciones y argumentaciones vertidas dentro de la audiencia y no en las que fuera de ella y de su registro se realicen.

Así mismo, exhorta a la fiscal para que hacia el futuro sus intervenciones en las audiencias sean fruto de la preparación ponderada de los temas, con el rigor que el cumplimiento de sus deberes legales demanda.

Para concluir, se insiste en la diligencia que deben exhibir tanto funcionarios como

litigantes, en el manejo de los términos de los preacuerdos, propiciando en todo momento su claridad fáctica y jurídica.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del acusado DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ, por las razones expuestas en la motivación de este proveído.

Contra esta determinación procede la insistencia en los términos del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal del origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 La Sala se abstiene de dar el nombre del menor testigo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 y el numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, Código de la infancia y la adolescencia.

2 Cfr.Folios 198 a 191 del c.o.

3 Cfr. Folios 168 a 173 del c.o.

4 Cfr. Folios 192 a 198 del c.o.

5 Cfr. Folios 230 a 233 del c.o.

6 Cfr. Folios 220 a 229 del c.o.

7 Cfr. Folios 29 y 30 del c.o.

8 Cfr. Folios 215 y 216 del c.o.

9 Cfr. Folios 236 a 239 del c.o.

10 Cfr. Folios 199 a 202 del c.o.

11 Cfr. Folio 149, c.o.1.

12 Cfr. Folio 281, c.o.1.

13 Cfr. Record 7'57'', del registro de audio de la audiencia celebrada el 23 de febrero de 2010.

14 Cfr. Record 10'35'' ibídem.

15 Cfr. Folio 57, c.o.1.

16 Radicación 680016000159200880303 para la primera y 6800160000002010000133 para la segunda.

17 Cfr. CSJ, AP. del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28653.

18 Cfr. Ley 906 de 2004, art. 184, inciso 2º y CSJ, AP. de 17 de octubre de 2012, Radicado 33100; de 28 de agosto de 2013, Radicado 41589 y de 18 de diciembre de 2012, Radicado 37233, entre otros.

19 Cfr. Ídem.

20 Cfr. Ibídem, Casación del 16 de julio de 2001, Radicado 15488 y Casación de 20 de octubre de 2005, Radicado 24026.

21 Cfr. Decreto 2700 de 1991, artículo 37 B, numeral 4º; Ley 600 de 2000, art. 40 y Ley 906 de 2004.

22 Cfr. En este sentido CSJ, AP. del 17 de octubre de 2012, Radicado 33.100.

23 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-589/99 de agosto 13, T-039/96 de febrero 5, y T-685/03, de agosto 8, C-308/05 de abril 12 y T-647/13, de septiembre 16, entre otras.

24 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05 de junio 9.

25 Cfr. CSJ. SP de julio 19 de 2005, SP de agosto 10, y SP de noviembre 20, entre otras

26 Cfr. Ley 906 de 2004, art.305.

27 Cfr. Ibídem, art.352.

28 Cfr. Folio 44, c.o.1.

29 Cfr. Foilo 63, c.o.1.

30 Cfr. CSJ., AP de 1º de febrero de 2012, Radicado 38139.

31 Cfr. Registro 11'08'' de la audiencia del juicio oral celebrada a instancias del Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, al interior de la cual se presentó la solicitud de aprobación del acuerdo, con fecha 10 de mayo de 2010 y, Registro 28'23'' de la audiencia de aprobación del preacuerdo llevada a cabo por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, con fecha 15 de diciembre de 2010.

32 Cfr. CSJ, Casación de junio 13 de 2002. Rad. 11324.

33 Cfr. Record 10'54''

34 Cfr. Record 11'08''

35 Cfr. Record 12'15''

36 Cfr. Record 12'23'

37 Cfr. Record 27'48''

38 Cfr. Record 28'46''

39 Cfr. Folio 219 del c.o.

40 Cfr. Ídem.

41 Cfr. Folio 5 de la sentencia de primera instancia del Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, datada el 15 de diciembre de 2010.

42 Cfr. Folios 192 a 198 del de la carpeta 1.

43 Cfr. Folios 189 a 191 de la carpeta 1.

44 Cfr. Folios 29 y 30 del c.o.

45 Cfr. Folios 215 y 216 del c.o.

46 Cfr. Folios 236 a 239 del c.o.

47 Cfr. Folios 199 a 202 del c.o.

48 Cfr. Folios 230 a 233 del c.o.

49 Cfr. Folios 220 a 229 del c.o.

50 Cfr. Folios 38 a 45 del c.o., especialmente folios 38 y 39.

51 Cfr. Folios 61 a 63 del c.o., especialmente folios 61 y 62.

52 Cfr. Folios 85 a 91 del c.o., especialmente folio 88.

53 Cfr. Folios 38 a 44 del c.o., específicamente folios 38 y 39 del c.o.

54 Cfr. CSJ, AP. de diciembre 17 de 2010, Radicado 33.145.

55 Cfr. por todas, AP. de junio 9 de 2008. Rad. 29092

56 Cfr. Por todas, CSJ. AP. 39869, de febrero 22 de 2013.

57 Cfr. CSJ, AP, de diciembre 12 de 2005.