



Bogotá D.C., 24 de septiembre de 2021
Concepto – PSDCP – N°. 47 –MATV–

Señores Magistrados

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

E. S. D.

Ref: Recurso de Casación

Radicado: 59449

Procesado: MICHAEL STEVEN ROJAS GUTIÉRREZ

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en mi condición de Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, presento concepto en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda presentada por el defensor del procesado, contra la providencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Decisión, mediante la cual, confirmó la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, declarando responsable a MICHAEL STEVEN ROJAS GUTIÉRREZ, como coautor de los delitos de homicidio agravado tentado, en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

1. HECHOS

Los hechos fueron enunciados en el escrito de acusación, así: *“El 2 de diciembre de 2018 en horas de la mañana 09:35 aproximadamente, en inmediaciones de la avenida 5 oeste con calle 16 lugar en el que funciona un mercado móvil en el barrio Terrón Colorado, WILFREDO GUERRERO GAVIRIA mayor de edad es abordado*



por dos sujetos el primero identificado como JUAN DAVID RAMOS PIAMBA quien encuella la víctima esta como puede se suelta y lo tira al piso, de inmediato MICHAEL STEVEN ROJAS GUTIERREZ que acompañaba a RAMOS PIAMBA desenfunda una arma de fuego, la que portaba sin el correspondiente permiso legal, le apunta a GUERRERO GAVIRIA este forcejea con él pero finalmente recibe un impacto de proyectil de arma de fuego en su cabeza, en ese instante se interrumpe la actividad desplegada por MICHAEL STEVEN ROJAS y COMPAÑÍA en razón a la oportuna intervención de la policía de vigilancia quienes estando a pocos metros de los hechos frustran el cometido de los actores reduciéndolos y privándolos de su libertad.”

2. DEMANDA PRESENTADA POR EL DEFENSOR

2.1 CARGO PRIMERO, PRINCIPAL

El censor invoca la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, por violación directa, por desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de la estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Señala el censor que el Tribunal Superior de Cali, efectúa una disquisición de la legalidad de los términos de las negociaciones entre los sujetos procesales conocidos como preacuerdos para concluir que la fiscalía se equivocó a la calificación que se otorgó al preacuerdo al reconocer la ira e intenso dolor como atenuante de la pena, pero que acepta que para efectos de la sanción se adecua a la de ira e intenso dolor.

Por lo anterior, concluye el recurrente que si se incurrió en violación al principio de legalidad por otorgamiento del preacuerdo lo procedente era decretar la nulidad para efectos de ajustarlo a los derroteros.



2.2 CARGO SUSIDIARIO

Este cargo lo fundamenta conforme a la causal 2 del artículo 182 de la Ley 906 de 2004, en violación indirecta por afectación del debido proceso respecto a las garantías de cualquiera de las partes, en este caso el procesado.

El recurrente se acoge a la causal segunda ibídem, al estimar que el Juez de segunda instancia vulneró las garantías constitucionales del proceso penal al anular el beneficio penal de la prisión domiciliaria conferido en sede de primera instancia, cuando debió confirmarla o al menos haber otorgado otra medida que hubiera atenuado la situación penal del procesado.

En fundamento de estos argumentos, el acusado solicita que se decrete la nulidad a partir de la audiencia de verificación del preacuerdo.

3. CONCEPTO DE LA DELEGADA

El censor presenta dos cargos, uno principal y otro subsidiario, sin embargo, se observa que estas pretensiones van dirigidos a la misma finalidad, por ello, se analizarán estos cargos en forma conjunta en un solo apartado.

3.1 CARGO PRIMERO, Y SUBSIDIARIO

El recurrente considera que el juzgador de segunda instancia vulneró los derechos y garantías procesales del acusado, al haber revocado el acuerdo perfeccionado entre las partes, lo que llevó a desaprobación del subrogado penal de la prisión domiciliaria, por tanto, el censor solicita que se declare la nulidad a partir de la audiencia de verificación del preacuerdo.

Se evidencia que en desarrollo del proceso penal, el ente acusador y el procesado, realizaron un acuerdo, como medida de terminación anticipada del proceso, en el que se estipuló la aceptación de cargos por parte del acusado, a cambio de imputar



su comportamiento en estado de ira e intenso dolor, con el fin de atenuar la pena y cumplir con los requisitos que exige la normativa penal para conferir la prisión domiciliaria, específicamente, el que se expresa en el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal: “... 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de 8 años de prisión o menos”.

Ante esta situación, la víctima WILFREDO GUERRERO GAVIRIA, a pesar de estar conforme con la pena de 90 meses de prisión pactada en el acuerdo realizado entre las partes, interpuso recurso de apelación para solicitar al superior revocar el subrogado de la prisión domiciliaria, al considerar que dicha medida no era la indicada para responder por los hechos cometidos, además, no garantizaba su protección, en tanto, que el acusado podía cometer cualquier acto en su contra.

En el fallo de segunda instancia, el Tribunal Superior de Cali, para decidir destacó la jurisprudencia¹ de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, donde describen los límites del ente acusador para realizar preacuerdos con los investigados, premisa que recogió el juzgador para revocar el subrogado de la prisión domiciliaria.

En este sentido, se evidencia que lo pretendido por la defensa al llegar al preacuerdo iba encaminado no solo a mejorar la pena que se podía imponer al procesado, sino igualmente, sacar ventaja disimulada en el sentido que se le concediera un beneficio adicional al procesado. En particular, la concesión de la prisión domiciliaria, el cual, en efecto el juez la concedió, pero no como producto del preacuerdo sino por una errónea interpretación de las disposiciones que rigen la justicia negociada.

¹ Corte Constitucional SU-479 del 15 de octubre de 2019 y sentencia C-1260 de 2005. Corte Suprema de Justicia sentencia 52.227 del 24 de junio de 2020.



Para comprender mejor el asunto, se trae a colación lo acordado y tenido en cuenta por el Tribunal, donde el alcance del preacuerdo fue:

*“En la audiencia del 4 de febrero de 2020, fijada para dar inicio al juicio oral, la Fiscalía y Michael Steven Rojas Gutiérrez presentaron al Juez el Acuerdo al que llegaron, en el que Rojas Gutiérrez acepta ser penalmente responsable por los delitos materia de acusación en calidad de coautor y, a cambio, como rebaja Punitiva se le aplica la pena que corresponde al delito cometido en "estado de ira c intenso dolor" (**t. 57 d*i CP.), pactándose 90 meses de prisión”.*

Por lo anterior, considera esta delegada que el Tribunal, no obstante, efectuar una remembranza de la jurisprudencia no afectó, ni modificó, ni desconoció el acuerdo, por el contrario, lo aceptó tal como fue objeto del pacto, por lo que señaló:

“Luego, la conclusión no puede ser distinta a que el acuerdo entre la Fiscalía y el procesado no estuvo referida a la variación de la calificación jurídica de los hechos -homicidio tentado agravado a homicidio tentado en estado de ira e intenso dolor-, sino que se circunscribió exclusivamente al campo punitivo y manifestación evidente de ello lo constituye el hecho claro e indiscutible de que, de un lado, el ente acusador no adujo elemento de juicio alguno que soportara la variación del juicio de tipicidad por la configuración de la ira o del intenso dolor como causal de modificación de la responsabilidad penal Y, de otro, precisamente lo que se pactó entre las Partes fue la imposición de 90 meses de prisión Por virtud de la aplicación de la aludida circunstancia prevista en el art. 57 del CP²”

El hecho que se hubiera estipulado en el acuerdo dos aspectos que aparentemente dejan ver un doble beneficio, como son la estipulación del estado de ira e intenso dolor y la estipulación de la pena, no puede verse como un doble beneficio, teniendo en cuenta que:

² Pagina 8 del fallo del Tribunal.



Al hacerse la ficción jurídica en el preacuerdo respecto a considerar que el hecho se llevó a cabo en estado de ira o intenso dolor, ello acarrea como consecuencia un derecho para el procesado, como es la rebaja de la pena y en ese caso, lo que debe observarse es que la pena acordada no resulte violatorio en el principio de legalidad, y de las penas. Es decir, que el acuerdo en ese aspecto punitivo, el mismo fue valorado y avalado en su legalidad por el juez, y aquí, se observa que la pena se movió dentro de los cuartos correspondientes.

En efecto, como se trató de un delito de homicidio agravado tentado la pena mínima es de 240 meses y al mismo le aplicaron la circunstancia del artículo 57 del CP, para tasarla y acordarla en el acta de preacuerdo en 90 meses por tratarse de un concurso con porte ilegal de armas.

Como puede apreciarse dentro del acuerdo entre la fiscalía y la defensa, no se contempló un beneficio adicional distinto a esto, y respecto a la prisión domiciliaria que fue concedida por el juez, como destaca la defensa. En consecuencia, y por ello, producto de una apelación legítima desde la perspectiva de la representación de víctimas y oportunamente interpuesta, el Tribunal la revocó haciendo la interpretación que acorde al asunto corresponde conforme a los precedentes jurisprudenciales.

Ante este panorama, considera el Ministerio Público, que la Fiscalía y la defensa no acordaron un beneficio distinto que la rebaja de pena, como acertadamente lo entendió el Tribunal; y la revocatoria de la prisión domiciliaria por apelación de la víctima estuvo ajustada a derecho conforme a la interpretación jurisprudencial. Lo anterior, por lo que, no es procedente decretar nulidad alguna como lo reclama el recurrente, por cuanto la legalidad de la aceptación del preacuerdo tampoco fue objeto de apelación y la misma no fue afectada ni por el recurso, ni en la decisión del Tribunal.



En definitiva, se concluye que la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria radicó en un interpretación errada del juez de conocimiento al momento de analizar los subrogados penales. Lo anterior, ya que al verificar la procedencia de este beneficio consideró, como se afectaron los extremos de la pena mínima para el homicidio, como consecuencia del preacuerdo ello redundaba para la concesión de un beneficio no acordado entre la defensa y la fiscalía, como se precisa en lo consignado por el Juez en la sentencia recurrida.

Es por ello que en la decisión del juzgado se consignó sobre este beneficio lo siguiente:

“Prisión domiciliaria. Al reconocerse en el preacuerdo como fórmula un estado de ira e intenso dolor, el marco legal punitivo con esa diminuyente es el que se toma para determinar si cumple el requisito objetivo del numeral 1 del art. 38 B del código penal, adicionado por la ley 1709 de 2014; así la pena mínima del homicidio agravado será la sexta parte del mínimo del tipo penal de homicidio tentado (la sexta parte de 200 meses es 33, 33 meses) y la sexta parte del mínimo del porte de armas es de 18 meses (108 dividido entre 6 da 18). Ninguna de las dos penas mínimas legales previstas con ese marco legal punitivo supera los 8 años de prisión En cuanto al numeral 2 del artículo 38 B del código penal, ninguno de los dos tipos penales por los que se le condena aparece en el listado de prohibiciones del artículo 68 A del código penal.

Tampoco a la fecha de esta decisión no aparecen sentencias condenatorias en su contra de cara al inciso 1 del artículo 68 A del código penal. En cuanto al arraigo y condiciones personales fueron soportadas por el defensor del acusado con suficiencia en su intervención en el 447 del cp.”³

Así las cosas, considera esta Delegada que los cargos no están llamados a prosperar.

³ Paginas 2 y 3 de la sentencia del juzgado.



4. PETICIÓN

Por las anteriores razones, los cargos propuestos por el recurrente no están llamados a prosperar; motivo por el cual de manera respetuosa se solicita a la Honorable Sala de Casación Penal, no casar la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y en su lugar dejar incólume el fallo emitido.

De los Señores Magistrados,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal (E)