

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007

PROCESO:	CAUSA PENAL
ROCESADO:	ELY NOVOA RIZO
DELITO:	TRÁFICO ARMAS USO PRIVATIVO, OTROS
PROCEDENCIA:	JUZG. PENAL CTO ESPECIALIADO TUNJA
MOTIVO:	APELACION SENTENCIA
DECISION:	CONFIRMAR
APROBACION:	ACTA DE DISCUSION N° 06
MAGISTRADO PONENTE:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

TRÁFICO ARMAS USO PRIVATIVO, OTROS - NEGOCIACIONES Y PREACUERDOS *-Alcance*

No es posible eliminar una causal de agravación, porque ello tiene una consecuencia favorable para el acusado en relación con la pena a imponer, y a la vez, tener en cuenta la reducción de pena prevista en los artículos 351 y otros, porque ello está proscrito por la norma en cita.

Sin embargo, cuando las anteriores disposiciones, especialmente la del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 se confrontan con el inciso final del artículo 61 del Código Penal, ya no resulta tan claro, pues, de un lado, es insoslayable la facultad de la Fiscalía para negociar y pactar sobre las consecuencias de la conducta punible entre ellas la pena a imponer y la manera de su ejecución (concesión de subrogados o sustitutos penales), pero de otro lado el artículo 61 nos indica claramente que cuando hay preacuerdo, se supone, en relación con la pena a imponer, “*El sistema de cuartos no se aplicará...*”.

Las causales genéricas de mayor punibilidad (por su puesto, también las de menor punibilidad), en principio tienen una función relevante en el sistema penal: la de ser el fundamento para seleccionar el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena. Y, si cuando hay preacuerdo sobre la pena no se aplica el sistema de cuartos, por mandato de la Ley esas circunstancias dejan de

tener la función que les da el artículo 61, lo cual, además significa que la Fiscalía y el imputado pueden pre acordar sin tener en cuenta la referida circunstancias como límites de su ámbito de facultades, es decir, que en los casos de preacuerdos, la Fiscalía para negociar la pena puede moverse entre los límites mínimo y máximo de la establecida para la conducta punible, sin tener en cuenta el sistema de cuartos y las circunstancias que sirven para ese efecto.

La anterior interpretación no cambia el contenido esencial de los ya citados artículos 350 y 351, el primero de los cuales dispone la facultad para eliminar alguna causal de agravación punitiva, y el segundo, que si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo, sino que su alcance queda limitado a la circunstancias específicas de agravación que implican una modificación de los límites mínimo y máximo de pena previstos en la Ley (...).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**Departamento de Boyacá
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007**

PROCESO:	CAUSA PENAL
ROCESADO:	ELY NOVOA RIZO
DELITO:	TRÁFICO ARMAS USO PRIVATIVO, OTROS
PROCEDENCIA:	JUZG. PENAL CTO ESPECIALIADO TUNJA
MOTIVO:	APELACION SENTENCIA
DECISION:	CONFIRMAR
APROBACION:	ACTA DE DISCUSION N° 06
MAGISTRADO PONENTE:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 -
01

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, doce (12) de febrero de enero de dos mil catorce (2014). 9 A.M.

ASUNTO POR DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal Cuarto Especializado Santa Rosa de Viterbo y el señor defensor del procesado ELY NOVOA RIZO contra la sentencia del 1º de septiembre de abril de 2011, proferida dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja.

HECHOS:

Fueron resumidos en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“A través de actos de investigación, la Fiscalía General de la Nación pudo establecer que para los años 2006 a 2009, operaba una organización ilegal, dedicada al tráfico de armas, municiones, prendas y explosivos de uso privativo



Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

de la fuerza pública, elementos que eran destinados al grupo guerrillero, de las FARC, mini bloque oriental que opera en los departamentos de Casanare y Arauca, utilizando como corredor el departamento de Boyacá, específicamente la ciudad de Sogamoso; igualmente se logró establecer que a este grupo delincencial pertenece el señor ELY NOVOA RIZO quien informó a las autoridades que transportó 5 fusiles y unas pistolas en los años 2008 y 2009 y los entregó en los sectores denominados el Arenal y Filipinas a la guerrilla de la FARC; que transportó hasta el sitio Pueblo Nuevo de Arauca cuatro bultos de explosivo y lo entregó a alias EL PAISA, militante de las FARC y que el primero de septiembre de 2010 transportó en un corral para bebé un fusil R-15, calibre 7.65, seis radios de comunicaciones marca ICOM HCV, una caja con cincuenta cartuchos calibre 7.65 y seis chalecos multipropósito verde oliva, los cuales fueron incautados el 2 de septiembre en el sitio denominado Molino San Rafael sobre la vía que de Aguazul conduce a Yopal”.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- En audiencia preliminar celebrada el 24 de Junio de 2011, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con función de Control de Garantías declaró legal la captura del indiciado ELY NOVOA RIZO; la Fiscalía le imputa cargos por delitos concierto para delinquir del que trata el inciso 1º del artículo. 340 en calidad de autor; fabricación tráfico y porte de armas y explosivos de uso privativo de las fuerzas armadas establecido en el Artículo 366, en concurso homogéneo y en calidad de coautor, con las circunstancias de mayor punibilidad de que trata el numeral 10 del art. 58, porque se actuó en coparticipación criminal y agravado también cada delito conforme al inciso 2º del artículo 366 de la misma obra que remite al inciso 2º de l art. 365, por la utilización de medios motorizados; tráfico de armas de defensa personal establecido en el artículo 365, en calidad de autor y con la circunstancia de mayor punibilidad señalada en el numeral 10 del artículo 58; trafico de prendas privativas de fuerza pública establecido en el artículo 346 y agravado de conformidad con el artículo 58, en calidad de coautor; los dos últimos delitos en concurso homogéneo, porque fueron varias las veces que trasportó material de guerra y varias las armas que fueron transportadas; utilización ilícita de aparatos transmisores. Artículo 197 del código penal, en concurso homogéneo por las varias veces en que transportó el material de comunicaciones. En esta audiencia el imputado se allanó a los cargos. Acto seguido le fue impuesta medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

2.- Con base en la aceptación de cargos por todos los delitos que le habían sido imputados, la Fiscalía presentó escrito de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo, (fls 1 y siguientes carpeta), y por



Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

impedimento del titular de ese despacho correspondió su conocimiento al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Tunja, despacho que lo asume el primeo de agosto de 2011 (fl. 17 carpeta), en providencia en que a la vez fija fecha para la audiencia de verificación y aprobación de la aceptación de cargos.

3.- Con posterioridad al escrito de acusación, la Fiscalía presentó acta de preacuerdo de la que se resaltan los siguientes apartes: en el numeral 5º del acta se recuerda la formulación de imputación, pero aquí ya no aparece la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal y en el numeral 6º que determina “Términos de la aceptación de la culpabilidad con preacuerdos con la Fiscalía “señala:

“2. Que por esos hechos jurídicamente relevantes corresponde a la calificación jurídica señalada en el capítulo 5 del presente formato, esto es que el señor ELY NOVOA RIZO acepta su responsabilidad en calidad de AUTOR del delito de concierto para delinquir, art. 340 del código penal, inciso primero, y COAUTOR del concurso homogéneo y heterogéneo de delitos de tráfico de explosivos, tráfico de armas de uso privativo y tráfico de municiones de uso, artículo 366 del código penal, agravado conforme al numeral 1º del inciso 2º del artículo 365 del código penal por utilizar medios motorizados. En concurso homogéneo y heterogéneo de delitos de tráfico de armas y municiones de defensa personal, artículo 365 del código penal. En concurso homogéneo y heterogéneo de delitos de utilización ilícita de prendas de uso privativo de la fuerza pública, artículo 346 del código penal; y en concurso heterogéneo y homogéneo de delitos de utilización ilícita de aparatos trasmisores, artículo 197 del código penal.

3. *Que como producto del acuerdo las partes fijan la pena que ha de corresponder al señor ELY NOVOA RIZO por el citado concurso de los delitos,, precisando que para el delito más grave, esto es el de transporte de explosivos, armas y municiones de uso privativo de la Fuerza Pública, artículo 366 del código penal, agravado conforme al numeral 1 del inciso 2º del artículo 365 del código penal, se fija la pena mínima de 10 años de prisión. Y por el concurso homogéneo de delitos de transporte de explosivos, armas de uso privativo de la fuerza pública y municiones de uso privativo de la fuerza pública, artículo 366 del código penal; más el concurso heterogéneo y homogéneo de delitos de transporte de armas de defensa personal, artículo 365 del código penal; más el concurso heterogéneo y homogéneo de delitos de transporte de prendas de uso privativo de la Fuerza Pública, artículo 346 del código penal; más el concurso heterogéneo y homogéneo de delitos de utilización de equipos trasmisores o receptores,*

República de Colombia



**Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal**

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

código penal, se fija un aumento de un (1) año de prisión más, para un total de pena de 11 años de prisión.

4. *Que igualmente las partes fijan que la rebaja de pena por concepto de allanamiento a los cargos imputados al señor ELY NOVOA RIZO ha de ser el 50% de la anterior pena.*

5. *Que el señor ELY NOVOA RIZO en contraprestación al presente acuerdo se compromete a colaborar con la justicia, continuando informado a la investigación a través de la Policía Judicial todo lo que sepa de la organización delictiva a la cual perteneció y declarando ante los jueces de la República que lo convoquen a rendir su testimonio al respecto, sin que pueda oponer ninguna excepción, únicamente la de no declarar en contra de sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, segundo de afinidad, ni en contra de su esposa o compañera permanente...”*

4.- En audiencia del 17 de Agosto de 2011 el Juzgado en mención acepta el allanamiento a cargos realizado en la audiencia de imputación, luego de constatar que es de un acto libre, consiente y voluntario y lo declara penalmente responsable en los términos de ese allanamiento. En relación con el preacuerdo anuncia que hará caso del mismo *“en razón a que viola el principio de legalidad de las penas y a que no es posible la eliminación de el (sic) agravante previsto en el Art. 50 numeral 10 y aplicar la reducción de %50 de la pena....”* (fl.244 y ss.)

5.- Finalmente, el 1º de septiembre de 2011 se da lectura a la sentencia a través de la cual condena a ELY NOVOA RIZO a las penas principales de 79 meses 15 días 12 horas de prisión y multa en cuantía de 274.975 s.m.l.m.v y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y a la privación del derecho de la tenencia de porte de armas por el mismo tiempo al de la pena de prisión como coautor responsable de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, porte ilegal de armas, concierto para delinquir, utilización ilegal de uniformes e insignias y utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, agotados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se consignan.

En lo que es motivo de impugnación, aceptación del preacuerdo y monto de la pena impuesta, en la sentencia se hacen, en resumen las siguientes consideraciones:



Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

5.1. – El allanamiento a cargos vertido en la audiencia de imputación no fue producto de una negociación o al menos no hay prueba de ello, sino que se trató de un acto unilateral del procesado

5.2.- Con el preacuerdo se desconoce lo dispuesto por el legislador en cuanto a que solo es posible un beneficio y aquí se estaría beneficiando a NOVOA RIZO con la eliminación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal y una rebaja de la pena equivalente al 50%.

5.3.- Luego de transcribir el texto del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, afirma: *“... se infiere entonces, que una vez verificado que el allanamiento a cargos corresponde a un acto voluntario, libre y espontáneo, el juez de conocimiento luego de aceptarlo no tiene opción distan que la de proferir sentencia “..., siendo fiel, al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación”*

5.4.- Transcribe igualmente el artículo 351 de la Ley en cita para resaltar que *“si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer esto compensará la única rebaja por el acuerdo”,* y, hace una extensa transcripción de sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dictada dentro de la radicación 34.939 M.P. JOSE LUÌS BARCELÒ CAMACHO, en la que se trata de las diferencias entre allanamiento y preacuerdo y en la que se enuncian algunos aspectos sobre los que puede recaer el pacto o negociación a saber: *“i) el grado de participación, ii) la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, iii) una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, iv) su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, v) la sanción a imponer, vi) los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3,4,5,6,y 7 del art. 32 del Código Penal, vii) los errores a que refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, viii) las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema (artículo 56, ix) la ira e intenso dolor (artículo 587), x) la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), xi) la eliminación de causales genéricas o específicas de agravación y, en fin xii) las conductas pos delictuales con incidencia en los extremos punitivos. “Todas las situaciones reseñadas conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales cabe atribuir responsabilidad y, por ende, fijan para el procesado, de consuno con su acusador, la imputación fáctica y jurídica, así como sus consecuencias...”*

5. Por último, en relación con el preacuerdo, reitera que además de pactar el 50% de la pena, en lo que no encuentra objeción alguna, acordó la pena a imponer sin tener en cuenta las circunstancias de mayor punibilidad que se había

República de Colombia



**Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal**

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

deducido en la imputación, *“beneficiando doblemente al imputado”*, lo cual contraviene en el transcrito artículo 351.

5.6 En relación con la pena, de manera correcta fija para cada uno de los delitos los extremos punitivos y los cuartos de movilidad y lo mismo para la multa; luego tomando como base el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas armadas agravado (Arts. 366 y 365 del C.P.), se ubica en los cuartos medios, es decir, tomando en consideración las circunstancia genérica de agravación de la coparticipación criminal, y sin ninguna motivación aplica la pena mínima de los cuartos medios, esto es, 135 meses y 1 día de prisión, y por el concurso adiciona 24 meses, dándole un total de 159 meses y un día de prisión, de los cuales, finalmente, descuenta el 50% por allanamiento a cargos y le queda por aplicar la de 79 meses, 5 días 12 horas de prisión.

Respecto de la multa, pena que corresponde como principal al delito de utilización ilegal de uniformes e insignias, fija sus extremos entre 66.6 y 2.000 s.m.m.l.v., divide el ámbito de movilidad en cuartos y aplica la mínima de los cuartos medios, esto es 549.95 s. m. m. l. v, cantidad de la cual descuenta el 50% para obtener el resultado de 274.295 s.m.m.l.v que fue la aplicada.

6.- Inconformes con la sentencia reseñada interpusieron y sustentaron recurso de apelación el señor Fiscal delegado para los juzgados especializados para Santa Rosa de Viterbo y el señor defensor del acusado NOVOA RIZO, las cuales, en la medida en que comportan la misma pretensión y se valen de similares argumentos, resumiremos conjuntamente.

Los dos pretenden que se acepte el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el imputado NOVOA RIZO con posterioridad a la audiencia de la formulación de la imputación, petición que sustenta en síntesis en los siguientes argumentos:

6.1- El Allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones se enmarca dentro del concepto de justicia premial o consensuada.

6.2. El allanamiento a cargos no excluye el posterior preacuerdo, sino que, incluso, en los términos de la jurisprudencia sirva de base.

6. 3.- De acuerdo con la ley (Art. 351 Ley 906 de 2004), el Fiscal y el imputado pueden llegar a preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias; y en el caso de que se preacuerdo la pena no se aplica el sistema



Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

de cuartos, censura que se contempla de manera expresa en el encabezamiento del escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía.

6.4.- Especialmente el señor Fiscal hace algunas otras consideraciones en relación con la importancia del preacuerdo, en la medida en que el acusado se comprometió a colaborar con la justicia, y, de alguna manera, también lo hace el señor defensor cuando habla del compromiso a declarar como testigo contra CARLOS OLIVO, EL CALVO, TRIPASECA, ALDEMAR, MARTÍN PÉREZ Y EL PAISA.

LA SALA CONSIDERA:

Antes de identificar el problema o problemas jurídicos que deben ser resueltos por esta instancia necesario resulta hacer algunas precisiones iniciales a saber:

El principio de legalidad de la esencial del régimen constitucional y legal instituido en la carta de 1991. Así el artículo 4º de la Constitución establece, con el carácter de principio fundamental, que es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes el artículo 6º del mismo ordenamiento establece la responsabilidad de los servidores públicos por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; el artículo 95 establece como deber de toda persona la obligación de cumplir la Constitución y las leyes y el artículo 230 se refiere al imperio de la Ley, al señalar que *“Los Jueces, en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley”*.

En materia penal, sin embargo el principio de estricta legalidad previsto en esta área, especialmente por el artículo 29 superior, comienza a ser relativizado desde la misma constitución, cuando en el artículo 250, no obstante establecer para la Fiscalía General de la Nación la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, la cual no puede suspender, interrumpir y renunciar, prevé como excepción, *“... los casos que establezca la ley para la aplicación de principio de oportunidad regulado dentro del marco de política criminal del Estado...”*, y, a partir de ese concepto de justicia premial, además del principio de oportunidad en el sentido estricto, la Ley 906 de 2004, que en desarrollo del artículo en mención, introducido por el acto legislativo No 3 de 2002 prevén los llamados preacuerdos y negociaciones, en cuyo marco, los Fiscales tienen un amplio, pero reglado, margen de negociación que en muchas de las veces entra en confrontación con el principio de legalidad estricta a que veníamos acostumbrados, lo cual es patente, entre otros aspectos, al disponer que se puedan eliminar alguna causal de agravación, cargo específico, o tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena en cuyos casos,



Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

es claro, el acusar no va a ser condenado por la conducta punible cometida con todas sus circunstancias, sino por la que resulte de las negociaciones.

De otro lado, y ello ha sido clarificado por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, el allanamiento a cargos que hace el indiciado en la audiencia de formulación de imputación, no excluye la posibilidad de que posteriormente la Fiscalía y el imputado preacuerden sobre algunos aspectos. Uno de los precedentes citados por la Fiscalía, sentencia del 4 de mayo de 2006, Rad. 24531, M.P. SIFRIGEDO ESPINOSA PÉREZ, enseña:

“La conveniencia de que se de espacio a la negociación sobre esos aspectos, en particular el concreto porcentaje de reducción punitiva, es indiscutible. Como manifestación de un proceso penal de partes dentro de un sistema que propicia en toda la extensión de su estructura la participación de los interesados en las decisiones que los afectan en cumplimiento del artículo 2º de la Carta, el allanamiento unilateral a cargos previsto en los artículos 288-3, 293 y 351, no repele los acuerdos o preacuerdos; al contrario, los estimula, pues abre el telón al escenario de involucrar a las partes en la solución del caso, al tiempo que contribuye a obtener pronta y cumplida justicia (...).”

Y, es que, en efecto, el artículo 351 al hablar de la aceptación de cargos en la audiencia de imputación, establece que: **“... comporta una rebaja hasta la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”** (negrilla fuera del texto).

Con las anteriores precisiones y, partiendo del supuesto de que en ciertos eventos, pueden subsistir allanamiento unilateral en la audiencia de imputación y preacuerdos, como problema jurídico debe resolverse el siguiente: cuál es el alcance de las negociaciones y preacuerdos en relación con las circunstancias genéricas de mayor punibilidad.

Recordemos que una de las varias clasificaciones de las circunstancias jurídico penalmente relevantes, a partir del código penal, es aquella que la divide en específicas, las cuales se encuentran en la parte especial del código e implican una modificación para agravar o atenuar los límites de pena para una determinada conducta punible, o, genéricas, que se encuentran establecidas en la parte general del código, entre las que, deben mencionarse las que atenúan la punibilidad (art.255) y las de mayor punibilidad (art.58).

El artículo 350 de la Ley 906 de 2004, entre otras cosas dispone:



**Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal**

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

“El Fiscal y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declara culpable del delito imputado, o de uno relacionado con 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 ibídem, por su parte, al referirse a las modalidades de los preacuerdos señala:

*“también podrán el Fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. **Si hubiere un cambio favorable para el imputación relación con la pena para imponer, estos constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.***

(...)

“Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al Juez de Conocimiento, salvo que los desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”

Y el artículo 61 del código penal que trata de los fundamentos para la individualización de la pena, en el inciso final, adicionado por el artículo 3º de la Ley 890 de 2004 dispone:

“El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.”

Una primera lectura, aún detallada, de las normas del código procesal transcritas, sin duda alguna, nos llevan a la conclusión del A quo: No es posible eliminar una causal de agravación, porque ello tiene una consecuencia favorable para el acusado en relación con la pena a imponer, y a la vez, tener en cuenta la reducción de pena prevista en los artículos 351 y otros, porque ello está proscrito por la norma en cita.

Sin embargo, cuando las anteriores disposiciones, especialmente la del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 se confrontan con el inciso final del artículo 61 del código penal, ya no resulta tan claro, pues, de un lado, es insoslayable la facultad de la Fiscalía para negociar y pactar sobre las consecuencias de la conducta

República de Colombia



**Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal**

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

punible entre ellas la pena a imponer y la manera de su ejecución (concesión de subrogados o sustitutos penales), pero de otro lado el artículo 61 nos indica claramente que cuando hay preacuerdo, se supone, en relación con la pena a imponer, *“El sistema de cuartos no se aplicará...”*.

Las causales genéricas de mayor punibilidad (por su puesto, también las de menor punibilidad), en principio tienen una función relevante en el sistema penal: la de ser el fundamento para seleccionar el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena. Y, si cuando hay preacuerdo sobre la pena no se aplica el sistema de cuartos, por mandato de la Ley esas circunstancias dejan de tener la función que les da el artículo 61, lo cual, además significa que la Fiscalía y el imputado pueden pre acordar sin tener en cuenta la referida circunstancias como límites de su ámbito de facultades, es decir, que en los casos de preacuerdos, la Fiscalía para negociar la pena puede moverse entre los límites mínimo y máximo de la establecida para la conducta punible, sin tener en cuenta el sistema de cuartos y las circunstancias que sirven para ese efecto.

La anterior interpretación no cambia el contenido esencial de los ya citados artículos 350 y 351, el primero de los cuales dispone la facultad para eliminar alguna causal de agravación punitiva, y el segundo, que si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo, sino que su alcance queda limitado a las circunstancias específicas de agravación que implican una modificación de los límites mínimo y máximo de pena previstos en la Ley, como sería, a título de ejemplo, las circunstancias de agravación para el homicidio establecidas en el artículo 104 del código penal, o las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 241 para las conductas punibles de hurto simple y hurto calificado. Ello, porque si así no fuera, la Fiscalía en sus negociaciones y preacuerdos con el imputado, siempre estaría atada al sistema de cuartos, y ya vimos que ello no es así, por expresa disposición del artículo 61 del código penal.

En el caso sometido a estudio, en el acta de preacuerdo, en ello tiene razón el a quo, se eliminó la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación criminal que establece el numeral 10 del artículo 58 del código penal; pero ese hecho resulta intrascendente frente a las consideraciones anteriores, pues, aun a sabiendas de que se trata de una circunstancia que evidentemente concurre respecto de todas las conductas punibles implicadas, excepto de la de Concierto para Delinquir, el acuerdo podía moverse entre el mínimo y el máximo de la pena, a pesar de existir esa circunstancia, la cual habiendo sido anunciada en la imputación, simplemente era un parámetro más que ampliaba el espectro de la posible negociación.

República de Colombia



**Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal**

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

Así, entonces, pero por las razones que se vienen exponiendo, el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el imputado debe ser aceptado en el punto que, se dispone que la pena sea la misma respecto del delito de tráfico, fabricación y porte de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, lo mismo en cuanto se fijó un incremento de un año en relación con el concurso, pues así nos parezca que el incremento por el número de delitos debería ser mayor, no se sale del marco de legalidad previsto en el artículo 31 del código penal el cual fija un incremento que va desde un día hasta el otro tanto de la pena mayor.

Las penas impuestas, en consecuencia, deberán ser modificadas para imponer las pactadas en el preacuerdo es decir, la de 11 años de prisión rebajada en un 50% por la aceptación de cargos, de suerte que la pena a imponer es la de sesenta y seis (66) meses de prisión.

Nada se dijo en el preacuerdo con relación a la multa, la cual corresponde al delito de utilización de uniformes e insignias. Correctamente el Juzgado fijó los límites para este tipo de pena entre 66, y 2000 s.m.m.lv; pero acudió al sistema de cuartos no previsto para este tipo de sanción, pues el artículo 39 del código penal que es norma especial sobre la materia no fija ese sistema de dosificación. Así, como en los cuartos medios de ubicó en el mínimo y descontó el 50% de la pena, para respetar los motivos del A quo para fijar la pena mínima, se le aplicará igualmente la mínima prevista para la conducta punible es decir la de 66, 66 de s.m.l.m.v. rebajada en el 50% para lo cual la pena de multa será la de 33.33 s.m.l.m.v.

Las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición de la tenencia de armas de fuego y municiones lo será por el mismo término del de la pena principal privativa de la libertad.

La sentencia será entonces, modificada en cuanto a las penas a imponer, que lo serán las pactadas en preacuerdo o las que corresponden según los razonamientos anteriores en aquellas que fueron objeto de negociación.

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia impugnada.

SEGUNDO: CONDENAR A ELY NOVOA RIZO, a SESENTA Y SEIS (66) meses de prisión y multa de TREINTA Y TRES PUNTO TREINTA Y TRES (33.33) S.M.M.LV., como coautor responsable de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, porte ilegal de armas de fuego, concierto para delinquir, utilización ilegal de uniformes e insignias y utilización ilícita de equipos transmisores o receptores.

TERCERO. CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación el cual puede ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación y sustentados dentro de los treinta (30) días siguientes a tenor de lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Las partes quedan notificadas en estrados.

NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE.

EURIPÍDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

GLORIA ELENA RINCÓN VARGAS
Magistrada

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Santa Rosa de Viterbo
Sala Penal**

Radicado: N° 15001- 31- 07- 000 - 2011- 00008 - 01