

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 024- 2023

Rdo. 0500160000002022-00914–2da-instancia

PROCESADO: NATALIA ANDREA FLOREZ AGUDELO
DELITO: TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES.
ASUNTO: PREACUERDO
ORIGEN: JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN: REVOCA
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 92)

(Sesión del 6 de junio de 2023)

Medellín, nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023). Fecha lectura.

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa de **NATALIA ANDREA FLOREZ AGUDELO**, contra de la decisión del pasado 29 de marzo, mediante la cual el **JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** improbió el preacuerdo por ellos presentado.

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS: Según el escrito de acusación, en diligencia de allanamiento y registro al apartaestudio ubicado en la carrera 90 No. 29 C – 30, segundo piso, de esta ciudad, a eso de los 04:10 horas del 19 de septiembre de 2022, fue capturada la señora NATALIA ANDREA FLOREZ AGUDELO, al hallarse dentro de un closet un arma tipo pistola calibre 9 mm, marca Pietro Beretta, con número serial borrado, con un proveedor en su interior y diez cartuchos para la misma, sin permiso para su porte o tenencia. Al arma incautada se le efectuó estudio balístico y se estableció que tanto el arma como la munición son APTAS para producir el disparo.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL: El 23 de septiembre de 2023 se legalizó la captura de la fémina **NATALIA ANDREA FLOREZ**, luego se le formuló imputación por el

delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, verbo rector tener, el cual se encuentra previsto en el artículo 365 del Código Penal; la imputada no aceptó los cargos.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 21 de noviembre de 2022, convocándose a la audiencia para su formulación el 26 de enero de 2023, sin que se alegaron causales de incompetencia, impedimento, recusaciones o nulidad; no se presentaron observaciones o adiciones al escrito de acusación, acusándose por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, verbo rector tener, previsto en el artículo 365 del Código Penal.

En la audiencia preparatoria del pasado 29 de marzo se presentó preacuerdo entre la Fiscalía e imputado, con el acompañamiento de la defensa, en los siguientes términos:

"...el preacuerdo, señor juez, consiste en que la Fiscalía le degrada a la señora Natalia la calidad de su participación de autora a la de cómplice, esto, sólo para efectos punitivos, entonces se pactaría una pena señor juez, también teniendo en cuenta que, como lo indicó el señor defensor, pese a que él estaba como abogado de ella desde las audiencias concentradas y no tuvieron, pues no fue citado a la audiencia de acusación que se realizó y la señora Natalia tampoco compareció, y en ese orden de ideas, pues no tuvo la posibilidad de que este preacuerdo se hiciera desde antes de esa acusación, la Fiscalía ha pactado con la defensa degradarle la calidad de autora a cómplice pactando una pena de 54 meses, esto es haciéndole la rebaja del 50%, como si ella, pues que es la pena que corresponde al cómplice de acuerdo, pues a la legislación y ya referente al modo de cumplimiento de la pena señor juez, es si se deja a su consideración."

En ejercicio del control de legalidad, el juez de conocimiento improbo el preacuerdo presentado, decisión contra la cual Fiscalía y Defensa interpusieron el recurso de apelación.

2. DECISIÓN APELADA

El Juez Veintiséis Penal del Circuito de la ciudad improbo el preacuerdo al considerar

RADICADO: 2022-00914
PROCESADO: NATALIA ANDRÉA FLOREZ AGUDELO
DELITO: TENENCIA DE ARMA DE FUEGO Y MUNICIONES
DECISIÓN: REVOCA
ORIGEN: JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

que el mismo no cumplía con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia. Aduce que en ejercicio del control que debe hacer el Juez de conocimiento al presentarse una negociación o un preacuerdo, está el de verificar que no contravenga garantías fundamentales, entre ellos el libre consentimiento, tópico verificado con la ciudadana Natalia Andrea Flórez Agudelo, quien expresó que aceptaba su responsabilidad en punto a los hechos acaecidos el 19/09/2022, cuando le fue encontrado en un clóset un arma tipo pistola 9 mm junto con un proveedor en su interior y 10 cartuchos para la misma, sin el permiso para el porte o tenencia. También se verificó que estuvo debidamente asesorada por su abogado defensor, doctor Mauricio Correa Sánchez.

Ahora, al darse traslado de los elementos materiales probatorios, la representante del Ministerio Público llamó la atención en punto a la competencia para conocer de esta actuación; sin embargo, por el estadió procesal y habiéndose superado la etapa para resolver sobre causales de incompetencia, impedimento, recusación o nulidad, y no habiéndose advertido en esa oportunidad la causal de incompetencia aludida, entonces se debe entender que lo deprecado por la Procuradora es la no aprobación de la negociación, por vulneración al principio de legalidad, al considerar que el material incautado, concretamente los cartuchos, superan la cantidad de 9 que es el número que consagra el artículo 11 del Decreto 2535, para indicar que en cuanto a la capacidad en el proveedor de la pistola no debe ser superior a 9 cartuchos, que por esa razón el tipo penal al cual se debe adecuar la conducta en el previsto en el artículo 366 del Código Penal (Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos).

En punto a esa solicitud de improbación por parte del Ministerio público, el Despacho precisa que se va a apoyar en una decisión del Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, Magistrado Ponente Jairo Ernesto Escobar Sáenz, providencia del 19/06/2013, donde se hizo referencia a los artículos 365 y 366 del Código Penal, que hablan de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, describiendo la relación del tipo penal con la pena, para luego resaltar la duplicidad del artículo 366, que es el que se refiere a las de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; luego se refiere al Decreto 2535 de 1993 que en los artículos 8 y 9 consagra las armas de guerra o de uso restringido y el artículo 11 de armas de

defensa personal. Explica que, en un caso similar, en la providencia citada, se hizo la interpretación y se explicó: *“en desarrollo de la audiencia de formulación de imputación celebrada ante el Juez Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira el 02/12/2012, la fiscalía y la unidad de reacción inmediata imputó al señor Alejandro Rivera Londoño el delito previsto en el artículo 365 ibidem. Sin embargo, el titular de ese despacho, en aras de garantizar el debido proceso y evitar nulidades a futuro dejó constancia en el sentido de que el arma incautada tenía un proveedor con capacidad de 15 cartuchos, pese a que al momento de los hechos el procesado solo portaba 7, desbordando de esta manera los límites establecidos en el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, ante dicha observación el representante de la Fiscalía procedió a adecuar la formulación de imputación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del Código Penal, modificado por el artículo 55 de la Ley 1142 de 2007, modificado a su vez por el artículo 20 de la 1453 de 2011, contra el imputado como autor de ese acto bajo la inflexión de portar, la defensa solicitó un receso al juez de control de garantías con el fin de ilustrar y asesorar a su defendido respecto a la conducta punible que le fue atribuida. Una vez reiniciado el acto, la defensora del señor Rivera Londoño manifestó que no tenía ninguna objeción respecto al cambio de la imputación, el cargo fue aceptado de manera libre, consciente y voluntaria por parte del procesado de conformidad con el informe del investigador de laboratorio el 2 noviembre de 2012, por medio del cual se realizó el estudio sobre el estado de funcionamiento y actitud del arma pistola tipo pistola arma browning, sin número de identificación, calibre 9 mm con su respectivo proveedor y los 7 cartuchos de calibre 9 mm incautados, la técnica de balística de campo Sandra Milena Velázquez determinó lo siguiente: El arma de fuego es apta para realizar disparos con proveedor metálico con capacidad para 15 cartuchos, los 7 cartuchos calibre 9 mm se encuentran en buen estado de conservación, aptos para ser percutidos, no presentan proyectiles especiales, fueron utilizados para determinar su Estado y actitud”.*

En ese caso se dijo que no se cumplían a cabalidad los presupuestos previstos en el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993 para afirmar que el arma que portaba el señor John Alejandro Rivera Londoño es de aquella denominada de uso personal, ya que si bien es cierto su calibre es de 9 mm, la capacidad del proveedor sobrepasó los 9

cartuchos que exige esa disposición, por ello la competencia es del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Pereira.

Advierte el Juez *a quo* que en estricta tipicidad o legalidad para efectos de resolver si hay lugar a aprobar o improbar un preacuerdo, se debe hacer un análisis con base en lo previsto en el artículo 11 del Decreto 2535, siendo claro que cuando se habla de armas de defensa personal, se consideran aquellas con un calibre inferior a 9.652 mm; para el caso, se está hablando de una pistola calibre 9 mm, entonces se encuentra dentro de esa categoría; no obstante, lo que el Juzgado encuentra, no es tanto el número de cartuchos que le fueron incautados a Natalia Andrea, sino la capacidad del proveedor, pues si el artefacto supera la capacidad de 9 cartuchos, se convierte en un elemento de uso privativo de las fuerzas armadas.

Del informe de balística se tiene que se recibió un proveedor con 10 cartuchos, sin que se dijera de qué capacidad era el proveedor, pues no era de competencia de quien incautó el elemento indicarlo, apareciendo el arma de fuego en el ítem 4.1; en el 4.2 aparece el proveedor número uno y allí se habla del tipo, esto es que es de una pistola marca Pietro Beretta, calibre 9 por 19 mm, carril doble acabado, pavonado, cuerpo de resorte metal, capacidad 14 cartuchos; en cuanto a la interpretación de los resultados en relación con el proveedor que fue relacionado en el punto 4.2, el técnico de balística determinó que es de fabricación industrial, este es usado como sistema de alimentación en arma de fuego tipo pistola, encontrándose en buen estado de conservación y funcionamiento, siendo compatible para ser utilizado con el arma de fuego descrita en el numeral 4.1 del informe.

En ese orden, se encuentra que no hay una debida y adecuada estructuración del hecho fáctico con la norma, entonces si existe una falla en ese elemento, se vulnera el principio de estricta legalidad. Se imputó, acusó y se realizó el preacuerdo con base en el artículo 365 del Código Penal, pero revisados los elementos materiales probatorios, específicamente el informe técnico de balística y el acta de incautación, se está frente a un proveedor para tipo pistola, la cual es Pietro Beretta con capacidad para 15 cartuchos, entonces no importa el número de cartuchos que se hayan incautado, lo importantes es el presupuesto que consagra el citado decreto,

lo cual permite concluir que se está frente a un elemento de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Por lo anterior no aprobó el preacuerdo.

3. DE LA APELACIÓN

3.1. La Fiscalía: Interpuso recurso de apelación a la improbación del preacuerdo al considerar que, en decisión reciente, invocada por el defensor, del magistrado John Jairo Gómez Jiménez del Tribunal Superior de Medellín, se resolvió un caso igual al estudiado, esto es de un arma tipo pistola que se le fue encontrada a una persona con un proveedor con capacidad para 12 cartuchos, donde se decidió: ¿Es o no es un arma de defensa personal?

Para el caso no se puede decir que un arma es de uso privativo o uso restringido para las fuerzas militares, sólo por la capacidad que tenga el proveedor, puesto que la letalidad no la da el proveedor sino el calibre mismo del arma. El artículo 11 del Decreto 2535 no hace una relación exhaustiva de las características del artefacto de forma taxativa, sino de forma enunciativa sobre lo que se debe considerar como arma de uso personal, por ende, su tipicidad, para el caso, estaría en el artículo 365 y no en el 366 del Código Penal, puesto que la capacidad del proveedor es para 15 cartuchos, pero en este caso se encontraron 10. Agrega que la letalidad del arma y los fines de las de uso restringido, como bien lo señala la jurisprudencia citada, están destinados a proteger los bienes del Estado, por lo cual no se trataría de un arma de uso restringido. Por ello considera que no se vislumbra violación al principio de legalidad, razón para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia.

3.2. Defensor: Solicita se revoque la decisión de primera instancia. Señala que el Decreto 2535 de 1993 establece claramente que la capacidad del proveedor de la pistola no puede superar los 9 cartuchos a excepción de los que originalmente son calibre 22, lo cual no quiere decir que si un arma de calibre 9 mm (menor de 9.562 mm) y que guarda originalidad en el proveedor, independientemente de que tenga capacidad para más de 9 cartuchos, deba considerarse como de uso restringido.

Así, considera que la decisión de primera instancia vulnera el principio de legalidad pues estaría haciendo una interpretación errada de la norma al entender que, si el

proveedor que guarda su originalidad y el cual supera en capacidad los 10 cartuchos, debe calificarse jurídicamente como de uso privativo de las fuerzas militares. Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se apruebe el preacuerdo acordado entre las partes.

4. NO RECURRENTE

La Procuradora, como no recurrente, solicita se mantenga en firme la decisión del Juez de primera instancia, por la cual se negó el preacuerdo celebrado por las partes, esto por la afectación al principio de legalidad, en la arista de la tipicidad estricta. Argumenta que el tema no ha sido pacífico en punto a la tipicidad que tiene esta norma en blanco, debiéndose acudir al Decreto 2535 de 1993, poniendo de presente que resulta menos gravoso el artículo 365 que el 366 del Código Penal, razón por lo cual debe indicarse por el despacho, en su momento, que el acuerdo no está afectando ese principio de legalidad, cuando éste resulta razonable y no afecte los criterios o parámetros señalados por la Corte Constitucional para su validez.

Agrega que el Decreto 2535 permite diferenciar cuáles son armas de uso personal, detallando en su artículo 11 cuando esas armas, como tal, salen de esta categoría. También señala y ahí es donde existe discusión, en cuanto se dice que para que sean de uso personal deben ser calibre 9.65 mm, pero si el proveedor se alteró o tiene algún aditamento, no sólo importa que tenga 9 cartuchos, sino que tenga capacidad para más; es allí donde existe la diferencia, lo cual no resulta tan fácil.

De otro lado considera que hay que fijarse que para el momento de presentarse el preacuerdo ya se había formulado la acusación y, para el caso, se está concediendo hasta el 50% de rebaja de la pena.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de las decisiones adoptadas de conformidad con el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, por lo cual se analizará la facultad del juez para aprobar o no un preacuerdo, por razón del contenido y legalidad del mismo, según la etapa en la que se presente.

RADICADO: 2022-00914
PROCESADO: NATALIA ANDRÉA FLOREZ AGUDELO
DELITO: TENENCIA DE ARMA DE FUEGO Y MUNICIONES
DECISIÓN: REVOCA
ORIGEN: JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

El problema jurídico que ha de resolver la Sala se circunscribe a verificar si el preacuerdo suscrito entre las partes resulta respetuoso del principio de legalidad y proporcionalidad.

Sobre el instituto jurídico bajo estudio puede decirse que hace parte de la justicia premial y como tal es un mecanismo alternativo de terminación anticipada del proceso penal, el cual se encuentra estrechamente ligado en sus orígenes a las figuras de las negociaciones para la declaración de culpabilidad de los procesados.

Ahora bien, como la misma Corte Suprema de Justicia lo advierte en la decisión SP 1289-2021 (54691), *“Los criterios jurisprudenciales de la Sala en materia de preacuerdos no son unánimes, aun con posterioridad al fallo **SU 419 de 2018**, rige hasta ahora una línea con criterio mayoritario, que se registra en la decisión de la CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596, según la cual el Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico”*.

En tratándose de preacuerdos y negociaciones, el precedente constitucional establecido en la sentencia SU-479 de 2019 tenía como principal preocupación que al efectuarse la negociación se cambia el núcleo fáctico del delito, lo cual *“no sucede si, como en este caso, se ha de condenar por el hecho (factum) realmente cometido y por la denominación jurídica negociada, la cual se acoge apenas para fijar los extremos punitivos”*¹, situación que conlleva una serie de consecuencias que no fueron analizadas por la Corte Constitucional, por ejemplo, que para efectos de la imposición de penas accesorias, la concesión de subrogados y beneficios, entre otros, ha de tenerse en cuenta el delito imputado y no el negociado, lo cual daría un giro significativo a la interpretación realizada por el órgano de cierre constitucional.

¹ Ibidem

En efecto, son conceptos diferentes el delito imputado y el delito negociado, pues la responsabilidad penal se establece es por el delito que realmente se cometió. Ciertamente el preacuerdo no produce cambios en la naturaleza del delito por el cual se acusó, pues sus efectos son solo de índole punitivo², obrar en contrario vulneraría el principio de legalidad, atendiendo a que conforme al poder sancionatorio del Estado "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*" y no por el delito negociado.

Es acertado afirmar que el preacuerdo debe ser cuidadoso con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por lo cual el juez de conocimiento en materia de allanamientos, preacuerdos y negociaciones, debe verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos y que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante cuando no vulneran garantías fundamentales, porque en caso de advertir algún menoscabo debe rechazar la manifestación de culpabilidad del imputado³.

De otro lado, según el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal y, por lo tanto, bien puede celebrar los preacuerdos que considere ajustados a la ley, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes.

En esta oportunidad es menester analizar lo atinente al control de legalidad de los preacuerdos por parte de la judicatura; la Fiscalía puede adelantar preacuerdos o negociaciones, mecanismos que a no dudarlo generan economía procesal y, consecuentemente, un menor desgaste para una administración de justicia agobiada por la congestión de los despachos judiciales y la creciente demanda del servicio de justicia, claro está, siempre y cuando su actuación se sujete a la Constitución y a la ley, mientras que el juez de conocimiento tiene a su vez que velar porque esa aceptación de cargos responda a una decisión libre, consciente, ilustrada y espontánea por parte del imputado o procesado, quien debe actuar libre de todo apremio o coacción.

² Artículo 353 C.P.P.

³ Sentencia C – 1260 de 2005, Corte Constitucional.

Huelga señalar que, conforme al panorama expuesto, la intervención del juez de conocimiento en punto de la legalidad de los preacuerdos y negociaciones se encuentra inescindiblemente ligada a caros principios de orden constitucional, así como a las normas rectoras de la Ley 906 de 2004, con el objeto de velar por el cumplimiento de unos mínimos de legalidad y precaver la vulneración de los derechos del propio imputado o acusado, así como de las víctimas y de la sociedad en general; amén de preacuerdos irresponsables que se convierten en un deplorable espectáculo o festín de beneficios, desacreditando así la administración de justicia.

Así las cosas, para que el acuerdo o negociación se considere legalmente válido, además de un mínimo suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo del imputado o acusado, dada la naturaleza del instituto jurídico bajo análisis, es menester que medie el necesario consenso de voluntades entre la Fiscalía y el imputado o acusado, además de cumplirse en el caso concreto con los fines que esa figura jurídica demanda, esto es humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso (artículo 348 del C.P.).

Para el asunto que nos ocupa, se precisa que el escrito de acusación se presentó conforme a la imputación, es decir, por la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, verbo rector tener, previsto en el artículo 365 del Código Penal; el preacuerdo se presentó en los términos del referido punible, pero degradando la conducta de autor a cómplice, concediendo una rebaja del 50% de la pena, para imponer una pena de 54 meses de prisión.

Negociación que el juez de primera instancia improbió al considerar que vulnera el principio de legalidad, en lo concerniente a la estricta tipicidad respecto al arma de fuego, pistola con proveedor superior a 9 cartuchos, lo cual se subsume en el delito tipificado en el artículo 366 del Código Penal denominado "*fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos*", y no en el artículo 365 del Código Penal: "*fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones*".

El artículo 365 del C.P. es una norma en blanco, que remite al Decreto 2535 de 1993, que en su artículo 11, literal a), establece los requisitos para considerar que es arma de defensa personal, entre los cuales está el calibre máximo 9.652mm y capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos. Mientras que el artículo 9 del citado decreto considera armas de uso restringido, los revólveres y pistolas de calibre 9.652mm que no reúnan las características establecidas para las de uso personal (artículo 11 del Decreto 2535).

Respecto a las cualidades del arma incautada, se cuenta con el informe del laboratorio de balística forense que señala:

CONTENEDOR No. 1	
4.1 ARMA DE FUEGO	
Tipo	: Pistola
Calibre	: 9 x 19 milímetros
Marca	: Pietro Beretta
Modelo	: 92 FS
Número de serie	: Borrado
Numero interno	: No presenta
Longitud del cañón	: 12.4 Centímetros
Tipo de anima	: Estriada
Cantidad	: Seis (6) Estrias y Seis (6) Macizos
Sentido de rotación	: Derecha
Funcionamiento	: Semiautomático
Capacidad	: Para alojar 01 un cartucho del mismo calibre al interior de la recámara del cañón, así mismo posee capacidad para alojar un proveedor debajo de la empuñadura.
Grabados	: <u>LADO DERECHO</u> : sobre la corredera, MOD. 92 FS – CAL. 9 Parabellum – PATENTED BERETTA USA CORP., ACKK, MD. <u>LADO IZQUIERDO</u> : sobre la corredera, PIETRO BERETTA GARDONE V.T. – MADE IN ITALY ®
Casa fabricante	: Beretta
País de fabricación	: Italia
Fabricación	: Industrial
Acabado	: Corredera pavonada, receptor en cerakote camuflado
Cachas	: En polímero color negro
Empuñadura	: En aluminio
Culata	: No presenta
Guardamanos	: No presenta
Aditamentos especiales	: No presenta
Observaciones	: Presenta todos sus mecanismos de disparo.
4.2 PROVEEDOR NUMERO UNO.	
Tipo	: Pistola
Marca	: Pietro Beretta
Calibre	: 9 x 19 milímetros
Clase	: Carril doble
Acabado	: Pavonado
Constitución	: Cuerpo y resorte en metal, elevador en polímero y base aluminio
Fabricación	: Industrial
Capacidad	: 15 cartuchos
Grabados	: <u>LADO IZQUIERDO</u> : PB CAL. 9 PARA MADE IN ITALY <u>LADO POSTERIOR</u> : 5 10 15
Observaciones	: Presenta todas sus partes constitutivas.
4.3 CARTUCHO NUMERO UNO (Cantidad 10).	
Calibre	: 9 x 19 milímetros
Clase	: Común
Tipo	: Pistola y Subametralladora
Percusión	: Central
Huellas de percusión	: No presenta
Forma	: Vainilla Cilíndrica con reborde y garganta de extracción, proyectil cilíndrico ojival.

Constitución	: Proyectil encamisado en latón cobrizo, núcleo en plomo, vainilla en latón cobrizo, pólvora, fulminante en latón color dorado.
Grabados	: IM U01 16 9mm
Casa y país de fabricación	: Industria Militar (INDUMIL) – Colombia
Masa de cartucho	: 12.45 gramos
Longitud cartucho	: 29.15 milímetros
Deformaciones	: No presenta
Observaciones	: Se tomaron cuatro cartuchos al azar y se descomponen para verificar que contaran con todos los elementos constitutivos (vainilla, proyectil, pólvora y fulminante) se deflagra la pólvora para establecer el estado de conservación de la munición y se percuten los fulminantes utilizando el arma de fuego descrita en el ítem 4.1 del presente informe. De la misma manera se tomaron los seis cartuchos restantes y se disparan con el arma de fuego descrita en el ítem 4.1 del presente informe. Se deja constancia que este tipo de prueba modifica y agota la evidencia
Nota: Los nueve (9) cartuchos restantes presentan las mismas características técnicas que el antes descrito variando en su masa, longitud y grabados.	

En el presente asunto, si bien se está de cara a una pistola de 9 x 19 milímetros, el proveedor tenía capacidad para más de 9 cartuchos, siendo esta última característica la razón por la cual la primera instancia considera que la conducta encuadra en el artículo 366 del C.P., es decir que se estaría frente a un arma de uso restringido de las Fuerzas Militares.

Frente a ello, esta Sala acoge totalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, citada además en la decisión de nuestro homólogo, Magistrado John Jairo Gómez Jiménez, donde se consignó:

“La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (el 8° y el 11 del Decreto 2535/93), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que en tratándose de esta clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm.

Y es lógico que así lo hubiere hecho porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la fuerza pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, como lo dice el ya copiado artículo 80, necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la fuerza pública.

Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 8° es meramente enunciativa y no taxativa ('tales como', dice la norma), si es posible comprender en ella la pistola 7.65 mm, sólo por causa de la capacidad del proveedor superior a nueve (9) cartuchos. Por lo demás, este tipo de interpretación, por la indeterminación que implica, vulnera directamente el principio rector de la tipicidad, consagrado en el artículo 3o. del Código Penal, en virtud del cual

'la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca'. (Mayo 5 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz)

Y en determinación de diciembre 15 de 1994, Rad. No. 10048, se apuntó: ...el arma de autos (pistola 'Star', 9 mm., con proveedor apto para alojar 15 proyectiles, con energía cinética de 365 libras pie y con un proyectil de los que se decomisaron con blindaje de punta hueca), es de uso personal por la sola circunstancia de que su calibre es inferior a 9.652 mm.

Así, pues, sin hesitaciones de ninguna naturaleza, el arma incautada, cuyo calibre es de 7.65 mm. y con capacidad para 12 cartuchos, así con el proveedor decomisado de igual capacidad, son de defensa personal, pues el calibre es inferior al que la ley exige para que se tenga como de uso privativo de las Fuerzas Militares, sin que para tal conclusión importe la capacidad del proveedor."⁴

El tema sometido a estudio no ha sido pacífico, en este sentido, de no ser posible identificar, por las características del arma o de las municiones incautadas, la estricta adecuación típica de la conducta investigada se debe optar por una interpretación *pro homine* acudiéndose al tipo penal que genera menor reproche punitivo, que en este caso sería el consagrado en el artículo 365 del Código Penal. Respecto de la cláusula de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, al respecto dijo la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

"Es por ello que sobre esta cláusula, también denominada cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos⁵, se ha sostenido en la Corporación:

"...es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, así como a los derechos fundamentales, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria."⁶

Así, atendiendo a lo señalado por el máximo tribunal de cierre y en aplicación a la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, en una interpretación *pro homine*, no se presentaría trasgresión al principio de legalidad en el acuerdo presentado por las partes, como así lo consideró la primera instancia al rechazar el preacuerdo, esto porque la conducta imputada, como así se consideró en su momento en la audiencia correspondiente, se estructura en la consagrada en

⁴ CSJ, Sala de Casación Penal auto del 25 de abril de 1995 (radicado 10421),

⁵ Ver sentencias CC C – 184 - 2005; C – 186 - 2006 y; C – 1056 – 2004.

⁶ CSJ STP 16597-2017.

el artículo 365 del Código Penal, denominado: "*fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones*".

En este orden, para la Sala no hay problema frente al principio de legalidad. De otro lado, sugiere la representante del Ministerio Público, como no recurrente, que el preacuerdo atentaría contra el principio de proporcionalidad, frente a lo cual se considera que de acuerdo al contenido del artículo 350 numeral 2º del C.P.P., en el presente caso, la negociación versó sobre la tipificación de la conducta con miras a disminuir la pena, la cual fue pactada en 54 meses de prisión, como consecuencia de la degradación en la forma de participación, esto es de autor a cómplice, respecto del delito imputado de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, situación que altera los extremos punitivos de 9 y 12 años, los cuales con la rebaja correspondiente quedarían entre 54 meses y 10 años de prisión, lo cual evidencia que la pena pactada se ajusta a la rebaja propia de la figura de la complicidad, cual es el único beneficio otorgado en virtud del acuerdo, lo cual cumple con las reglas aplicables para la aceptación de preacuerdos que señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 2073 de 2020:

"Segundo. *Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.*

Tercero. *En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el*

esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios. (...)

Sexto. *El rol del juez frente a los acuerdos : (i) es diferente al que desempeña frente a la imputación y la acusación en el trámite ordinario, donde está proscrito el control material; (ii) lo anterior, sin perjuicio de que en dicho trámite –ordinario-, al emitir la sentencia el juez puede referirse ampliamente a los cargos de la acusación, bien en lo que atañe a su demostración y a la respectiva calificación jurídica; (iii) en el ámbito de los acuerdos, las partes le solicitan al juez una condena anticipada, sometida a reglas distintas, tal y como se ha explicado a lo largo de este proveído; (iv) pero, en todo caso, se trata de una sentencia, que constituye la principal expresión del ejercicio jurisdiccional; y (v) así, el juez debe verificar los presupuestos legales para la emisión de la condena, que abarcan desde el estándar previsto en el inciso último del artículo 327, hasta los límites consagrados en el ordenamiento jurídico para esta forma de solución del conflicto derivado del delito.”*

Conforme a la regla actual señalada en la jurisprudencia constitucional, como por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, es obligación del funcionario, como juez constitucional, hacer un control material del acuerdo que se pone a su consideración, mucho más en aspectos que comprometen o ponen el riesgo la vulneración de derechos fundamentales como la libertad.

Así, la Sala considera que los términos del preacuerdo cumplen con el principio de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, poniendo de presente que la rebaja concedida en razón del preacuerdo no se muestra desproporcionada, pues no es un beneficio desmedido que conlleve el desprestigio de la administración de justicia; en consecuencia, revocará la decisión de la juez de conocimiento y, en su lugar, aprobará el preacuerdo presentado.

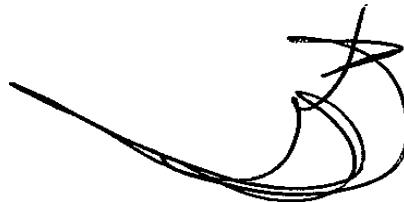
En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por mandato constitucional y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, **RESUELVE: REVOCAR** la decisión adoptada por la Juez Veintiséis Penal del Circuito de Medellín, durante la audiencia de verificación de preacuerdo, en la cual no aprobó el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la procesada **NATALIA ANDRÉA FLÓREZ AGUDELO**; en su lugar, se **APRUEBA EL PREACUERDO** celebrado entre estos. Se ordena a la señora juez que proceda a realizar audiencia de individualización de la pena y dictar la sentencia

que en derecho corresponda, con base en el preacuerdo celebrado. Así fue aprobada en Sala, por los Magistrados que la integran, según consta en el acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado(con aclaración de voto)

ACLARACIÓN DE VOTO

Medellín, junio 06 de 2023

Doctores

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA Y

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA.

Señores(as) sujetos procesales e intervinientes:

Comparto la ponencia en el sentido que la solución planteada es la más justa desde el punto de vista material. De todas maneras frente a uno de los puntos alegados, que si bien no fue el objeto propio de la apelación, que planteó la representante del Ministerio Público, me parece que se tiene que aclarar más, se refiere al monto de rebaja de pena que se tiene que descontar conforme a la instancia procesal en la que se presenta el acuerdo, a continuación presento algunos argumentos que sirven para defender la ponencia mayoritaria y también aporta a la discusión sobre el punto.

En el caso concreto, la pregunta obligada es si se aplica lo dispuesto en el artículo 352 del C.P.P., que a la letra dice:

“Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación. Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.”

RADICADO: 2022-00914
PROCESADO: NATALIA ANDRÉA FLOREZ AGUDELO
DELITO: TENENCIA DE ARMA DE FUEGO Y MUNICIONES
DECISIÓN: REVOCA
ORIGEN: JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

La norma en comento reduce el monto de la rebaja a 1/3 parte luego de realizada la acusación y hasta el momento en que el procesado es interrogado sobre su responsabilidad al iniciar el juicio oral, aclaramos que esta rebaja tiene aplicación, por la misma imposición de esa norma, a los eventos establecidos en el artículo 351 del mismo estatuto procesal, vale recordar, un allanamiento a cargos en la imputación, o, también, se puede acordar los hechos imputados y sus consecuencias. Se ha entendido que es solo una única rebaja punitiva. Obvio, como son normas restrictivas de derechos fundamentales, estas no pueden ser extendidas de manera analógica en mala parte a otras hipótesis, menos el generalizar estas restricciones a otras modalidades de los acuerdos y negociaciones.

Es pertinente aclarar la afirmación según la cual el máximo posible de rebaja por los acuerdos es el 50%. Lo primero a decir es que existe un problema estructural que hace difícil una solución coherente, ello puesto que nuestro sistema punitivo es de lo más descontextualizado y asistemático, cada 4 meses, en promedio, se expide una ley con incidencias penales a más de aquellas que restringen derechos fundamentales, ello hace que en la práctica su aplicación resulte abiertamente desproporcionada. Otro gran problema estructural tiene que ver con la misma regulación de la figura de los acuerdos y negociaciones que no consulta nuestras propias realidades y, al procurar aplicarlas en los casos prácticos, se generan graves problemas ya sea por exceso -la mayoría de las veces- o por defecto.

Ahora, una cosa es que nosotros, como intérpretes judiciales, quisiésemos que se presente claridad sobre los límites temporales de las rebajas lo mismo que los parámetros más claros sobre la movilidad de los sujetos e intervinientes respecto al alcance de estas formas de terminación del proceso, otra muy distinta **es que sea el mismo legislador, que en su respetable criterio, permita el otorgamiento de rebajas por montos superiores al 50%**, en esos casos, por más desproporcionados que puedan ser, no podemos sino acatar la voluntad de este poder público, más cuando en sí mismos tales rebajas contienen derechos para el procesado que actúa como la parte más débil de la relación jurídica. Todo el plexo de principios jurídicos frente al derecho penal imponen el imperativo de favorabilidad para el procesado, por ello se dice que las normas restrictivas de derechos son taxativas y las que los conceden se puede extender su interpretación, es válida la analogía “en buena parte”, o, incluso, el hacer interpretación benigna, pero en modo alguno, repetimos, puede operar la

analogía en mala parte en materia penal, son claros los artículos 6 del Código Penal, o los artículos 43,44,45,46 y 47 de la ley 153 de 1887, son armónicos con el artículo 29 de la Constitución Política sobre la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal.

Una interpretación coherente con lo anteriormente dicho impone que la restricción de que habla el artículo 352 del C.P.P. solo es aplicable a las hipótesis a las que este remite que es a lo dicho en el artículo 351 del mismo código. Es aquella norma que habla que los acuerdos se presentarán **“en los términos previstos en el artículo anterior”**. Hay una correlación entre los artículos 351 y 352 del C.P.P., si se observa con detenimiento es una norma que restringe derechos y rebajas punitivas al procesado, en consecuencia, su interpretación tiene que ser taxativa, no puede ir más allá de su concreto contenido. Existen otras modalidades de negociación que no están incluidas en estas normas, que son más flexibles y permiten rebajas punitivas mayores para el procesado. En especial son las hipótesis contenidas en el artículo 350 del C.P.P., para nuestro caso es el “tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena”, es simplemente aplicar la rebaja punitiva de la complicidad, pero solamente para ello. Resaltamos que es el mismo legislador el que permite esas modalidades de negociación que eventualmente superan más del 50% de rebaja.

Vale recordar: 1.- El legislador permite acordar un delito relacionado con pena menor, por ejemplo de extorsión (art. 244 del C.P.) a constreñimiento ilegal (art. 182 del C.P.), la pena para la primera conducta oscila entre 192 a 288 meses, la segunda conducta oscila entre 16 a 36 meses, es posible una rebaja de hasta el 91% de la pena.

2.- El legislador permite que se elimine alguna causal de agravación punitiva, por ejemplo del hurto calificado (art. 241 del C.P.) frente al hurto simple (artículo 239 del C.P.), la pena de la primera conducta oscila entre 72 a 168 meses de prisión, la segunda conducta tiene una pena de 32 a 108 meses de prisión, es posible una rebaja de hasta el 55% de pena. Igual situación ocurre con el hurto agravado que puede reducirse la pena de un 50% a un 75%, o de las agravantes de la estafa del artículo 247 del C.P., respecto al delito base artículo 246 del C.P., es posible una rebaja superior al 50%. También es usual ver que en el delito de concierto para delinquir agravado que tiene una pena de 8 a 18 años, mientras que el secuestro simple tiene una pena de 48 a 108 meses de prisión, también es posible una reducción mayor del 50% de pena. Con mayor claridad se puede observar las causales de agravación de estas mismas

modalidades delictivas y que está contenida en el artículo 344 del C.P., la pena oscila entre 192 a 360 meses, perfectamente se puede reducir la conducta a concierto para delinquir simple, sería el 75% de pena reducida.

3.- También el legislador permite la supresión de algún cargo específico, como en el caso del concurso de conductas punibles el excluir uno de los delitos. En estos casos, eventualmente la negociación logra suprimir la pena en más del 50%, otra cosa es que, en el proceso de valoración, esta resulte injustificadamente desproporcional. Casos como el exceso de legítima defensa, o de marginalidad, o de ira e intenso dolor, o causales específicas de agravación punitiva, son perfectamente aplicables. Citamos, a manera de ejemplo un caso reciente en que la Corte Suprema de Justicia avaló un acuerdo en que se reconoció la marginalidad, para efectos de la asignación de la pena (SP 4225 de 2020, R. 51478. DEL 21-10-20), figura a la análoga a la que ocupa nuestra atención. Todo lo anterior para concluir que es la misma legislación y la jurisprudencia la que admite negociar incluso más de la mitad de la pena asignable por la comisión de la conducta punible, en consecuencia, le es prohibido al intérprete reducir estas posibilidades que, en el marco de la negociación, se tornan en un derecho.

4.- El tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena contenida en el numeral 2° del artículo 350 del C.P.P., que consideramos es la causal aplicable, nótese que no es el caso en estudio un allanamiento, ni tampoco una supresión de hechos imputados y sus consecuencias, lo que se pretende es tipificar la conducta de una forma específica **“con miras a disminuir la pena”**. En otras palabras, lo que se busca con este acuerdo es en primer lugar el mantener los hechos y las conductas imputadas al igual que los hechos jurídicamente relevantes tal como se cometieron, pero, en segundo lugar, **solamente para efectos punitivos**, reconocer la aplicación de una figura jurídica determinada en aras a la reducción de la pena, vale reafirmar, la reducción de pena de la complicidad.

Es la misma Corte Suprema de Justicia la que desde la sentencia SP2073 del 24-06-20, Radicado 52227 con ponencia de la Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR, reconoce esta clase de acuerdos y los valida en orden a hacer operativos los acuerdos y la aplicación de estas reducciones de penas sin que se haga modificación a la conducta realmente cometida. Así razonó la corporación:

“6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo.

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

*Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, **tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice.** Así mismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.*

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

*En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) **la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja;** (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”*

Ahora, es claro también para la Sala que los criterios que debe seguir la Fiscalía y que debe controlar el Juez dependen del caso en concreto, es una situación de valoración, pero no pueden convertirse en una camisa de fuerza, existen circunstancias particulares que imponen la modulación o relativización de una condición, que no podría tener aplicación en otro caso. Insistimos además que las restricciones legales son taxativas, en consecuencia, no pueden aplicarse a hipótesis no previstas en la norma, como se expuso en su momento, recordamos que la analogía en mala parte está proscrita.

En conclusión, todas las anteriores hipótesis no solo están permitidas por el legislador, no están incluidas en la norma restrictiva de los artículos 351 y 352 del C.P.P. y permiten una reducción punitiva igual o superior al 50% de la pena.

Con este mismo argumento de la aplicación taxativa de las causales restrictivas de derechos fundamentales se responde el argumento de la situación de flagrancia que se alega, fija un límite a la reducción punitiva, sin desconocer que tal norma, a pesar de haber sido declarada exequible por la Corte Constitucional, no responde en la práctica al discurso de Estado Social y Democrático de Derecho, lo cierto es que esta norma remite a la aplicación del artículo 351 del C.P.P., no la extiende a otras hipótesis factuales, en consecuencia, al no estar contemplada la presente situación en tal supuesto de hecho, esta restricción no es aplicable. Con el debido respeto, quienes sostienen la aplicación de esa restricción a supuestos no contemplados, están aplicando derecho autoritario y neofachista, conciben al delincuente como el enemigo al que se le deben suprimir en lo posible sus derechos.

Ahora bien, consultada la jurisprudencia al respecto de la solución de este punto, dentro de lo investigado, se tiene que en concreto la Sala Penal de la Corte no se ha adentrado a tratarlo puntualmente; sin embargo, han sido varias las decisiones que han conocido de casos como el presente y que la mencionada corporación los ha avalado, no observó glosa alguna al respecto y tampoco comentario peyorativo de acuerdos presentados en instancias posteriores a la formulación de acusación que reconocían más de la tercera parte de rebaja punitiva. En otras palabras la corporación frente a esas situaciones no consideró que fuesen nulas y por tanto que invalidara la actuación, sabiendo además que oficiosamente lo puede hacer. Citamos los siguientes pronunciamientos:

1. En el auto AP 2883 de 2020. R. 54694 del 21 -10-20, la Corte al conocer de la negativa de improbación de un acuerdo presentado por la Fiscalía en la que se juzgó a un Juez de Control de Garantías, se debatió la manera como se había realizado la reducción punitiva, el acuerdo se presentó luego de formulada la acusación. Respecto al problema de la instancia procesal no se hizo objeción alguna, sí en cambio en la manera como se hizo el proceso de dosificación punitiva del concurso de conductas

punibles para llegar al acuerdo. La corporación no hizo glosa alguna frente al monto de la rebaja ni al momento procesal en que se hizo.

2. En la sentencia SP 4225 de 2020. R. 51478 del 21-10-20, se juzgó un caso ocurrido en Medellín, se presentó el acuerdo al inicio del juicio oral, e incluso se reconoció el estado de marginalidad, solo para efectos punitivos, no se hizo mención a lo dispuesto en el artículo 352 del C.P.P. También en ese caso la Corte no hizo reproche alguno a pesar de lo generosa de la rebaja.
3. En la sentencia SP 3738 de 2021. R. 57905 del 25-08-21, se juzgó a un juez laboral que realizó varios prevaricatos y a la vez peculados, en el momento de la audiencia preparatoria se cambió el objeto de la misma para efectuar un acuerdo, se controvertió la figura del reintegro del artículo 401 del C.P., respecto a la restricción que es materia de la presente discusión la corporación no dijo nada.
4. En la sentencia SP 2446 de 2021. R. 54377 del 16-06-21, se presentó el acuerdo luego de radicado el escrito de acusación, la Corte reconoció un error en el acuerdo que favoreció los intereses de los procesados, al final el cargo indebidamente realizado fue el de concierto para delinquir simple, cuando la conducta realizada era agravada, al final concedió el subrogado a los imputados. Sobre la aplicación del artículo 352 del C.P.P., no manifestó nada al respecto.
5. En la sentencia SP 1288 de 2021. R. 53718 del 14-04-21, se presentó un acuerdo luego de presentado el escrito de acusación en el cual a varios imputados se le suprimía a uno la agravación del concierto para delinquir, a otros se les reconoció la calidad de cómplices para efectos penales, sobre este punto no se hizo glosa alguna.
6. En la sentencia SP 359 de 2022. R. 54535 del 16-02-22, la Corporación conoció un caso de Itagüí, que se seguía por el delito de porte ilegal de armas, en la audiencia preparatoria se presentó un acuerdo en el que solo para efectos penales se asimilaba la reducción punitiva a la calidad de cómplice. Se discutió lo referido a la pertinencia del subrogado, si era la pena del delito original o del cómplice de la conducta. La Corte

dice que se tiene en cuenta la primera de las conductas, no se mencionó nada respecto a la restricción del artículo 352 del C.P.P.

En resumen, la alta corporación respecto a la aplicación de la mencionada norma para efectos de restringir las rebajas punitivas de los acuerdos celebrados luego de la acusación, no se ha referido, pero no presenta problema alguno en avalar acuerdos en esas faces procesales que reconocen más de la tercera parte de la pena.

Ahora, frente a la valoración del acuerdo en relación con los fines de los mismos, la Sala no encuentra objeción alguna, el bien jurídico afectado es la salud pública, la sanción en sí la consideramos suficiente, el conflicto presentado se ha solucionado de manera satisfactoria, las partes estuvieron presentes y participaron activamente en la solución del mismo al punto que no se opusieron al acuerdo, esta solución al cumplir con las mencionadas finalidades es sin duda mucho más humana que la pena que originalmente está dispuesta para el infractor de la ley penal. Así mismo, poniendo en la balanza el tema de proporcionalidad, el daño causado y la sanción misma, esta se compadece con aquel y cumple la función para la que fue instituida.

Sin otro particular,



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

MAGISTRADO