



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

Radicación	05-001-60-00-206-2019-08779
Procesado :	César Augusto Ruiz Higuita
Delito:	Porte Ilegal de Armas de Uso Privativo
Juzgado de Origen:	Primero Penal del Circuito Especializado
Asunto:	Apelación de sentencia de condena por preacuerdo.
Magistrado ponente	Luis Enrique Restrepo Méndez
Decisión:	Decreta Nulidad
Auto No.	020-2020

Medellín, tres (03) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto aprobado según acta Nro. 101

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la delegada del ministerio público, en contra de la sentencia proferida el pasado 17 de septiembre, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, luego de aprobar el preacuerdo suscrito entre la fiscalía y César Augusto Ruiz Higuita, en el cual este admitió su responsabilidad como autor del punible de Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos a cambio de que le fuera reconocida la diminuyente de punibilidad del artículo 57 del C.P. correspondiente al delito emocional.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El 7 de abril de 2019, a eso de las 19:30 horas, los policiales PT, Guillermo Fuentes Gutiérrez y el SI. Walter Córdoba Fonseca, realizaban labores de vigilancia en el sector de la calle 65F con carrera 45A, cuando observaron a un sujeto que llevaba en su mano derecha un supresor de sonido o silenciador compatible con arma de fuego calibre .9 mm, situación que dio lugar a su captura. El capturado fue identificado como César Augusto Ruiz Higuita.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

En diligencia realizada el día 8 de abril de 2019, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, se legalizó la captura de Ruiz Higuita y la Fiscalía formuló imputación en su contra como autor responsable del delito de Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, según lo ordenado en el artículo 366 del C.P.

Posteriormente la fiscalía presentó escrito de acusación de fecha 3 de mayo de 2019, convocando a juicio criminal a Ruiz Higuita en los mismos términos de la imputación, requerimiento fiscal que se concretó en idéntico sentido a través de audiencia realizada el 14 de junio del mismo año.

La audiencia preparatoria tuvo ocurrencia el 8 de agosto de 2019. El juicio oral inició el 18 de septiembre de ese mismo año. En su desarrollo se presentaron varias contingencias que dilataron la actuación. La primera de ellas representada en los intentos de las partes por preacordar la marginalidad de que trata el artículo 56 del C.P., frustrados por la negativa de la fiscalía de autorizar una tal negociación. La segunda, con la también frustrada intención de las partes de estipular todos los hechos del caso incluida la diminuyente ya referida. En sesión del 17 de septiembre del año en curso, un años después de instalado el juicio, las partes pusieron a consideración de la judicatura, preacuerdo según el cual el acusado Ruiz Higuita aceptaba su responsabilidad por el delito contenido en el requerimiento fiscal a cambio de que se reconociera la rebaja contenida en el artículo 57 del C.P. de la ira o intenso dolor. Acordaron una pena de 36 meses de prisión sin consideración alguna a la concesión o no de subrogados.

La a quo aprobó el preacuerdo y cercenando el derecho a recurrir esa decisión convocó a la audiencia de que trata el artículo 447 del C. de P.P. luego de lo cual se pronunció sobre el subrogado penal y emitió la parte resolutive de la decisión.

III. LA SENTENCIA OBJETO DE RECURSO

La A quo, aprobó el preacuerdo empezando por considerar que no se necesita prueba de la circunstancia que se reconoce en favor del sentenciado, en los términos propuestos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP13931 de 2014; agregó que la directiva 001 del 23 de julio de 2018 demanda aprobación de la fiscalía del preacuerdo que contempla la concesión de la circunstancia del artículo 56 no la del 57; idéntica reflexión propuso en punto del contenido de la sentencia SU479 de 2019, para concluir que extender esa interpretación en relación con una causal diferente de la allí tratada es una interpretación extensiva en mala parte, prohibida por la ley.

Agregó que la SU479-19 justificó su posición jurídica en la concesión de rebajas desproporcionadas respecto de delitos graves, como por ejemplo aquellos sancionados con 12 años que terminaban recibiendo una sanción de una sexta parte de ese monto lo que en su opinión, sin duda alguna desprestigia la administración de justicia.

Citó la sentencia SP2073, radicado 52227 del 24 de junio pasado y 6 reglas de interpretación en ella plasmadas, que en su opinión se cumplen a cabalidad en el presente asunto, donde se pactó una rebaja sin modificación alguna de la calificación jurídica de la conducta, pues se sigue hablando de porte ilegal de armas de uso privativo, pero lo es a título de cómplice.

En relación con el monto de la rebaja, admite que es generoso, pero lo explica en que la defensa esperó hasta el último momento para acordar con la fiscalía, dada la falsa expectativa que le generó la opinión expresada por los jueces a cargo de las audiencias preliminares acerca de la posible atipicidad de la conducta. Añadió que a pesar del monto de la rebaja, no se impuso la pena mínima, razón por la cual no puede calificarse de desproporcionada ni afirmarse que desprestigia la administración de justicia.

Finalmente, a pesar de haber afirmado que la calificación de la conducta no variaba y la condena se imponía por el delito imputado, terminó concediendo la suspensión condicional de la sentencia.

IV. DEL RECURSO

La delegada del Ministerio Público, recurrió en apelación con los argumentos que se resumen así: en primer lugar, afirmó que se otorgó una rebaja del 71% de la pena, desconociendo que el preacuerdo se logró en momento previo a agotar la etapa probatoria del juicio oral y público, circunstancia que daba lugar a una rebaja considerablemente menor. Esta situación desprestigia la administración de justicia, razón suficiente para improbar el preacuerdo.

Agregó que se otorgó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, desconociendo que el sentenciado cuenta con antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores.

Citó a la Corte Constitucional para recordar que manifestó la imposibilidad de acudir a cambios en la calificación jurídica sin base fáctica que la sustente, con el fin de conceder rebajas desproporcionadas.

Por lo anterior, consideró procedente la revocatoria de la decisión.

V. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 33 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala de Decisión es competente para desatar el recurso de apelación que interpusiera la delegada del Ministerio Público, contra la providencia mediante la cual la Juez Primera Penal del Circuito Especializada de Medellín, decidió aprobar el preacuerdo celebrado entre las partes.

2. El primer problema jurídico postulado por la recurrente tiene que ver con establecer si el preacuerdo, tal como fue concebido por las partes y avalado por la judicatura, desconoce la jurisprudencia vigente sobre la materia, en particular por reconocer una rebaja de pena desproporcionada.

3. Para resolver el problema anunciado, el Tribunal empezará por realizar una breve reseña sobre el instituto de los preacuerdos y sus fines, para luego referir el contenido de la más reciente decisión de la corte de casación sobre el tema, cerrando con la aplicación de ese criterio al caso concreto.

4. Tal como lo ha venido reiterando esta Sala de Decisión, en un sistema penal de juzgamiento, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, como política de Estado en materia criminal, tiene por finalidad contribuir a la lucha eficaz contra la impunidad y la criminalidad en general, propósito que tiene como objetivos específicos, entre otros, el fortalecimiento de la capacidad punitiva del Estado, concentrada en las funciones de investigación y acusación que le competen a la Fiscalía General de la Nación y la agilización en la administración de justicia mediante un proceso penal célere, aunque sin desconocer las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas.

Los fines acabados de destacar no son ajenos a los preacuerdos y negociaciones, respecto de los cuales se adicionan otros más específicos consagrados en el artículo 348 del C. de P.P. que sirve de encabezado al título II, capítulo único de ese ordenamiento que se ocupa de su regulación, fines como el de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con la conducta punible, obtener una participación activa del acusado en la definición de su caso, todo ello dentro de un marco de respeto por la legalidad, de las garantías fundamentales y de la necesidad de aprestigiar la administración de justicia.

No se trata de simples manifestaciones retóricas, sino de reales mandatos que deben ser observados por los involucrados en la administración de justicia. De no procederse bajo ese entendimiento, termina la administración de justicia utilizando los preacuerdos como simple mecanismo de descongestión de los despachos fiscales y generador de decisiones en serie que alimentan estadísticas sin contenido sustancial de justicia.

Al dejar de lado esos fines, el instituto deja de aplicarse bajo criterios y pautas de proporcionalidad, sensatez y equilibrio, soslayando ese mandato que pocas veces se toma en serio de aprestigiar la administración de justicia.

No se trata entonces de descalificar los preacuerdos, *per se*, sino de propender por que su utilización responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

5. Precisamente, relacionado con lo acabado de exponer, la Sala de Casación Penal en reciente decisión sentó su posición en torno a los preacuerdos en que se pacta una variación en la calificación jurídica sin base fáctica, dadas las dificultades que se han suscitado en su aplicación. Se transcribe *in extenso* el aparte correspondiente dada su importancia:

6.2.2.2.2. El cambio de la calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena

Esta modalidad de acuerdo es la que suele generar mayores dificultades en la práctica, tanto por la trasgresión del principio de legalidad –en el sentido de la correspondencia entre las premisas fáctica y jurídica- como por su utilización para conceder rebajas punitivas desbordadas.

Ello sucedió, por ejemplo, en los dos casos analizados por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019, donde, sin ninguna base fáctica, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal (marginalidad, ignorancia o pobreza extremas), lo que dio lugar a que la pena prevista para el porte ilegal de armas de fuego se disminuyera en un 83%, así como a una rebaja igualmente considerable en un caso de abuso sexual donde aparece como víctima una mujer con discapacidad mental.

En estos casos el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Lo anterior, sin perder de vista otros aspectos relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los subrogados penales, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

6.2.2.2.2.1. La imposibilidad de optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes

El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos

en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (que en los casos analizados en la sentencia SU479 de 2019 ascendió al 83%), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.

Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.

A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Concluyó la Corte Constitucional:

En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso.

Para establecer las implicaciones de estas decisiones de la Corte Constitucional en el margen de negociación de la Fiscalía General de la Nación, no puede perderse de vista que se trata de cambios de calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena o mejorar en cualquier otro sentido la situación jurídica del procesado. Igualmente, que la pretensión de la Fiscalía (obviamente avalada por la defensa) se orienta a que en la condena se adopte una calificación jurídica que no corresponde a los hechos.

Visto de otra manera, lo resuelto en el fallo de constitucionalidad y en la sentencia de unificación simplemente impide que a los beneficios (en ocasiones desbordados) se les dé un ropaje jurídico que, en ocasiones, impide establecer su real proporción. Así, en los casos allí tratados, en lugar de establecer frontalmente que la pena se rebajaría en un 83%, se optó por incluir una circunstancia de menor punibilidad sin referentes fácticos debidamente acreditados, con lo que se logró el mismo efecto.

Los cambios a la calificación jurídica sin ninguna base fáctica también generan otros efectos negativos, entre los que se destacan: (i) extensos debates sobre los subrogados penales, pues mientras unos alegan que su estudio debe hacerse a la luz de la calificación jurídica que corresponde a los hechos jurídicamente relevantes, otros sostienen que el juez debe atenerse a la “calificación jurídica” producto del acuerdo; y (ii) en ocasiones pueden resultar agraviantes para las víctimas, como cuando se incluye un estado de ira que no tiene ningún fundamento factual, pero la calificación jurídica genera la idea de que el sujeto pasivo, de alguna forma, provocó la agresión.¹

Hasta aquí los antecedentes teóricos del asunto que concita la atención del Tribunal.

Del caso concreto

6. En el presente asunto fiscalía y acusado acordaron, en sede del juicio oral, luego de la presentación de la teoría del caso del primero de ellos, que la sentencia se proferiría por el delito de porte de armas de uso privativo, reconociendo la circunstancia diminuyente de ira o intenso dolor y una pena de 36 meses.

Al margen de la discusión de si genera un cambio en la calificación para el caso se acordó la ira o el intenso dolor, con la única finalidad de dar lugar a una rebaja como la concedida. Se hace necesario insistir en que la calificación jurídica de la conducta se modifica no solo cuando se traslada de un tipo penal a otro, sino cuando se incorporan circunstancias que tienen que ver con la culpabilidad o cuando se incorpora algún dispositivo amplificador del tipo, por solo mencionar algunas de las posibilidades. Es así como se muta, tanto al reconocer la circunstancia del artículo 56, la marginalidad, como la del artículo 57 del C.P. la ira. Esto ha sido expuesto de esa manera por la jurisprudencia, no solo respecto de la circunstancia de marginalidad de que trata el artículo 56, sino de varias otras circunstancias e institutos que generan el mismo efecto desde la punibilidad, razón por la cual inaceptable resulta afirmar que se estaría ante una interpretación extensiva *in malam partem*.

Ahora bien, uno de los efectos problemáticos de este tipo de acuerdos tiene que ver con la concesión de rebajas desproporcionadas. De acuerdo con la decisión en cita, un criterio que permite determinar si la rebaja admite este calificativo, está relacionado con la oportunidad o momento procesal en que se concreta el acuerdo. Para el caso, se trata de una captura en flagrancia, de acuerdo con lo cual la rebaja a otorgar por un allanamiento en sede de juicio oral no debía superar el 4.16%. Ahora si se trata de preacuerdos, el artículo 352 del C. de P.P. dispone que si este tiene ocurrencia entre la presentación de la de acusación y el momento en que el procesado es interrogado al inicio del juicio sobre su aceptación de

¹ CS de J, SP2073-2020, 52.227 del 24 de junio de 2020

responsabilidad, la rebaja será de una tercera parte. No obstante, las partes acordaron una rebaja del 72,7% de la pena, que no encuentra absolutamente ninguna explicación.

En efecto, la fiscalía contaba con todos los insumos para, a través de un juicio corto, alcanzar la condena del acusado, pues su captura se dio en flagrancia por un par de uniformados que estaban en disposición de concurrir al juicio, sin que la prueba restante revistiera ninguna dificultad, como la obtención de un certificado de ausencia de permiso para portar el elemento con que fue capturado y la idoneidad del mismo. Sin embargo, la actuación alcanzó casi a agotarse, pues el juicio se inició y fue suspendido varias veces por los intentos de las partes de estipular la prueba, abarcando no solo los hechos sino la circunstancia diminuyente del artículo 56, es decir, disimular un acuerdo con las estipulaciones probatorias, con el fin de eludir la reglamentación interna de la fiscalía que ya había frustrado su intención de preacordar la circunstancia de marginalidad con los efectos que en sede de punibilidad comporta. En estos intentos las partes gastaron un año. De haberse agotado el juicio de manera ordinaria, no habría tomado más de una o dos sesiones de juicio, de allí que ninguno fue el aporte del acusado para con la administración de justicia y poco merecedor de una rebaja tan importante como la acordada.

La Corte, en muy reciente decisión, ha ratificado el criterio acabado de exponer, señalando:

4. En ese contexto, la Corte ratifica la postura con base en la cual el Tribunal Superior de Antioquia improbió el preacuerdo verbalizado en la audiencia del 13 de agosto pasado.

No se trata aquí de interpretaciones restrictivas, o del desconocimiento de los propósitos de la justicia premial como lo plantean las partes. Sencillamente, las normas procesales referidas no admiten una hermenéutica distinta. El mandato del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando se celebran preacuerdos entre la Fiscalía y el procesado durante el “ámbito procesal” comprendido desde la presentación de la acusación (entendiendo por ésta la etapa correspondiente a la radicación del respectivo escrito) y, hasta el momento en que el acusado es interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el beneficio que puede obtener el enjuiciado consiste en la reducción de la pena en una tercera parte.

En consecuencia, no era dable pactar una rebaja punitiva del 45 por ciento, como en efecto se negoció entre fiscalía e imputado. Para el estadio procesal en que se encuentra la actuación el escrito de acusación ya fue presentado, de manera que, en ese caso, se reitera, la rebaja prevista en la ley corresponde a una tercera parte. Es decir, sólo podría haberse acordado una disminución del 33,33%.

Los razonamientos expresados, en suma, conducen a señalar que los términos del preacuerdo suscrito por las partes desconocen el principio de legalidad y resultan inaceptables. Por tanto, la Sala confirmará el auto apelado.²

² CS de J AP2781-2020 del 21 de octubre de 2020, radicado 58.316

Así las cosas, le asiste razón a la delegada del ministerio público cuando califica de desproporcionada la rebaja concedida y destaca como su consecuencia el desprestigio de la administración de justicia, motivo suficiente para improbar el preacuerdo.

7. Afirmó la *a quo* que la decisión SU-479/19, se justificó en unos casos de delitos graves en que fueron concedidas rebajas desproporcionadas; casos en que se impusieron penas equivalentes a una sexta parte de la que habría correspondido en condiciones normales, rebajas de más del 80% agrega el tribunal. Al respecto, la Sala advierte, primero, que uno de los casos en que se pronunció la Corte Constitucional correspondía a un porte ilegal de armas, equivalente en gravedad al que se juzga. Segundo, que entre aquellas rebajas y la reconocida en el presente asunto, de 72,7% de la pena, no existe mayor diferencia, con mayor razón cuando, se insiste, el acuerdo se suscribió luego de presentada la teoría del caso por la fiscalía, es decir, terminando el proceso.

8. También sostiene la *a quo* que en el presente asunto se acudió a una forma diferente de preacuerdo, en el que, sin modificar la calificación jurídica de la conducta, se trajo con la única intención de disminuir la pena, la proporción de la rebaja que correspondería al cómplice. Sobre lo particular dos consideraciones: la primera, incurrió en un lapsus evidente la juez al referirse a la complicidad, pues no fue el instituto acordado. Y, la segunda, la propia *a quo* desconoció su afirmación, pues de haberla considerado no habría otorgado la suspensión condicional de la sentencia, si es que la calificación contenida en la acusación permaneció incólume.

La primera instancia desconoció el contenido del fallo citado atrás, en lo que a este tópico se refiere. Esto se dijo por la Corte:

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. Asimismo, 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.

9. En síntesis, el preacuerdo puesto a consideración de la *a quo* debió ser improbadado por incumplir la finalidad de aprestigiar la administración de justicia, al conceder una rebaja de pena desproporcionada, en consideración al momento en que se concretó y al hecho de tratarse de un caso de captura en flagrancia, circunstancias en que la rebaja debió ser considerablemente menor.

Así las cosas, hay razón suficiente para decretar la nulidad de lo actuado a partir de la decisión del 17 de septiembre pasado, a través de la cual la Juez Primera Penal del Circuito Especializada de Medellín aprobó el preacuerdo y en consecuencia ordenar regresar la actuación a la primera instancia a fin de que prosiga con el trámite ordinario.

10. Si bien lo analizado hasta acá resulta suficiente para decidir como se anunció, la Sala considera necesario insistir, en respuesta a un segundo problema postulado por la recurrente, en que la circunstancia objeto de negociación no necesita una base mínima de prueba, pues de existir tendría que reconocerse al acusado con fundamento en el principio de estricta legalidad. Al respecto se recordará lo considerado en anterior oportunidad por esta misma Sala de decisión en los siguientes términos:

Es que no de otra manera puede entenderse el instituto, pues aceptar como parte de la negociación algo a lo que por ley se tiene derecho, desanturaliza la idea de negociación. Más claro, si se tiene prueba, así sea precaria, de que el acusado fue cómplice y no autor, ningún sentido tiene que renuncie al derecho a que se le reconozca esa calidad como resultado del juicio, sería inaceptable que el fiscal le ofreciera reconocer esa calidad como contraprestación por aceptar su responsabilidad, pues un tal reconocimiento se erige en un derecho del acusado. La esencia de la negociación radica precisamente en reconocer al acusado una circunstancia que no está probada y que le favorece, a cambio de su aceptación de responsabilidad.

Con un tal proceder la Fiscalía no omite ni desconoce su deber de adecuar la conducta de acuerdo con los mandatos legales, pues este es un deber que se cumple como condición previa de la negociación, esa es la intelección justa y adecuada de lo ordenado por la Corte Constitucional en la decisión C-1260 de 2005, así la ha interpretado la CS de J desde hace más de una década, pues solo de esa manera se da claridad al objeto de la negociación, cuando la fiscalía expresa con absoluta claridad y corrección los cargos y luego sobre ellos realiza la oferta o plantea el acuerdo, es en ese escenario donde se impone a plenitud el respeto por el principio de legalidad, que luego admite los matices que reconoce la Corte Constitucional y que enerva la posibilidad de calificar de arbitrario el acuerdo.³

Criterio el anterior que se acompasa con el expresado y contenido en aclaración de voto a la sentencia citada en aparte previo, que en lo que interesa sostiene:

Para el beneficio no se exige base mínima probatoria, porque de existir, ya no es un beneficio o liberalidad por razón del preacuerdo, es un derecho del procesado, ese supuesto reconocido bajo el ropaje de un beneficio hace parte del juicio de legalidad y estricta tipicidad a que tiene derecho el procesado y de esa manera se debe obrar en todo proceso penal, sea ordinario o abreviado, para resguardar garantías constitucionales del debido proceso y los fines de los preacuerdos.

El artículo 327 del C de P.P., establece:

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo

³ TS de M, auto del 25 de mayo de 2020, radicado 05-001-60-00206-06093 M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez

procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

La prueba mínima se exige de la conducta y su tipicidad, del delito cometido, no del beneficio otorgado. La voluntad del legislador en esa materia fue restrictiva, excluyó de carga probatoria el beneficio y razón de ser tiene esa decisión en la ciencia jurídica, en la justicia premial y la política criminal, pues es una gracia, una rebaja, una liberalidad del legislador que se otorga de cumplirse los supuestos condicionantes, que en este caso solo se vincularon con la aceptación de los cargos formulados en determinadas oportunidades procesales.

La interpretación del texto legal ha de ser restrictiva en los términos señalados, para que el juez no sustituya al legislador y se respete la autonomía constitucional que en esa materia otorgó con exclusión la Carta Política al Congreso de la República, la que no tienen los jueces de la república de ningún rango ni jurisdicción.⁴

11. En conclusión la actuación será invalidada en los términos anunciados en aparte en que se respondió al primer problema postulado por la recurrente.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **RESUELVE DECRETAR LA NULIDAD** de lo actuado a partir de la decisión del 17 de septiembre pasado a través de la cual la Juez Primera Penal del Circuito Especializada de Medellín aprobó el preacuerdo y en consecuencia ordenar regresar la actuación a la primera instancia a fin de que prosiga con el trámite ordinario.

Esta decisión se notifica por estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

MAGISTRADO

**

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

MAGISTRADO

**

NELSON SARAY BOTERO

MAGISTRADO

⁴CS de J Aclaración de voto a sentencia 52.227 citada atrás.

- * Original Firmado
- ** Proyecto aprobado en Sala de Decisión Virtual

Nota: La providencia con las respectivas firmas puede ser consultada en la Secretaría de la Corporación, una vez finalice la medida de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.