

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000206202002026
Procesado: Cristian Camilo Sánchez Sánchez
Delito: Hurto Calificado y Agravado - Uso de menores en la comisión de delitos
Asunto: Apelación de Auto que imprueba acuerdo
Interlocutorio: No. 28. Aprobado por acta No. 124 de la fecha.
Decisión: Confirma
Lectura: Lunes, 5 de diciembre de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

No habiendo sido aprobada la ponencia presentada por el Magistrado sustanciador Dr. Óscar Bustamante Hernández, procede la Sala mayoritaria a resolver el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía y la Defensa contra el auto mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín - Ant. improbió el preacuerdo suscrito por el ente acusador y el señor **Cristian Camilo Sánchez Sánchez**, quien viene siendo

investigado por los delitos de hurto calificado y agravado y uso de menores en la comisión de delitos.

2. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos que motivaron la presente actuación ocurrieron la noche del 25 de enero de 2020 a eso de las 21:00 horas, cuando el señor Alirio Alonso Sánchez Carmona se encontraba laborando en el taxi de placas WDZ771 y recogió a 2 sujetos en la carrera 80 con calle 69 que le pidieron que los condujera hasta la cancha de Conquistadores, cuando a la altura de la carrera 66 con calle 39 **Cristian Camilo Sánchez Sánchez** lo intimidó con un arma de fuego y le exigió que le entregara el dinero y la billetera.

Acto seguido, el señor **Sánchez Sánchez** le realizó una requisa al taxista mientras que el otro sujeto, menor de edad identificado como J.E.M.M., le propinaba cachetadas para evitar que la víctima los mirara, despojándolo de su celular marca Samsung J7, una manilla de oro y una tableta marca Lenovo, bienes valuados en la suma de \$2.200.000; además, se apoderaron de la suma de \$430.000 más dos dólares.

Luego de este evento, tanto el aquí acusado como su menor acompañante descendieron del vehículo para emprender la huida, siendo aprehendidos por vecinos del sector, gracias a las voces de auxilio proferidas por Alirio Alonso Sánchez Carmona.

3. ANTECEDENTES DEL CASO

El día 26 de enero de 2020, ante el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se legalizó la captura de **Cristian Camilo Sánchez Sánchez**, a quien se le imputaron los delitos de hurto calificado y agravado y uso de menores de edad en la comisión de delitos, cargos que no fueron aceptados por el procesado y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio.

El escrito de acusación se presentó por la Fiscalía desde el 20 de marzo de 2020 y, por reparto, le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, quien celebró audiencia de acusación el 11 de mayo de esa anualidad.

La audiencia preparatoria se instaló el día 27 de julio de 2020, aplazándose la misma para el 3 de septiembre de ese año, fecha en la cual se indicó por parte de la Fiscalía que se había llegado a un preacuerdo el cual fue improbadado por la judicatura de origen, decisión que fue apelada por las partes en su momento.

Al arribar las diligencias a esta Corporación, otra Sala de Decisión mediante auto del 9 de noviembre de 2020 decretó la nulidad de lo actuado para que se verificara el consentimiento libre y voluntario del acusado de renunciar a su juicio y aceptar responsabilidad.

Retornadas las diligencias a primera instancia, el 28 de enero de 2021 se celebró audiencia para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal y verificar la legalidad del acuerdo suscrito entre las partes, determinando la judicatura de primer nivel improbar el resultado de la negociación.

Esa determinación fue recurrida por la Fiscalía y la defensa.

4. TÉRMINOS DEL PREACUERDO

El acuerdo suscrito por las partes consistió en que el imputado aceptaba los cargos presentados por los delitos de hurto calificado y agravado y uso de menores de edad para la comisión de delitos, recibiendo en contraprestación que se le aplicara la pena prevista para el cómplice.

En razón de lo anterior, se determinó que la rebaja se haría para el delito más grave, esto es, el de uso de menores en la comisión de delitos, lo cual dejaba una pena de cinco años, agregándole un mes por el reato atentatorio del patrimonio económico para un guarismo final de 5 años y un mes de prisión.

5. PROVIDENCIA RECURRIDA

El reparo de la *a quo* frente al preacuerdo fue sobre la magnitud del beneficio punitivo convenido, el cual consideró violatorio del principio de proporcionalidad que gobierna esta modalidad de terminación anticipada del proceso.

Indicó que el resultado de la negociación contraría la máxima rebaja prevista para el estadio procesal en la cual se presentó, esto es, al inicio de la audiencia preparatoria, fase procesal para la que está instituida una rebaja de una tercera parte de la pena como lo prevé el canon 352 del C.P.P. y no de la mitad, como fue determinado por las partes en el acuerdo suscrito, disminución punitiva que, además, contraría el criterio pacíficamente acogido por la jurisprudencia de la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Bajo estas consideraciones, en la medida en que la rebaja punitiva derivada del beneficio que se ha otorgado a los acusados, vía preacuerdo, resultaba ser excesiva, desproporcionada y contraria al principio de gradualidad del proceso penal, el juzgado de primer nivel improbió el referido acuerdo.

6. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 Fiscalía

La delegada del ente acusador, se quejó de la decisión de primer nivel por considerar que la negociación surgida entre las partes no obedeció a determinar el monto de la pena, sino el grado de participación del procesado en las conductas punibles endilgadas sin variación del núcleo fáctico de la acusación, lo que forzosamente permitía colegir que no había vulneración de garantías fundamentales, desprestigio de la administración de justicia, ni menos al principio de progresividad.

Indicó que en este caso no se podía aplicar el canon 352 procesal por cuanto el preacuerdo se realizó con base en el artículo 30 del C.P., reiterando que el Fiscal tiene discrecionalidad para acordar el grado de participación, dado que en materia de preacuerdos existe un principio de legalidad flexible.

En consecuencia, solicitó se revocara el auto censurado.

5.2 Defensa

La abogada del señor **Sánchez Sánchez**, expresó que el funcionario de primer nivel realizó una errónea interpretación del canon 352 del C.P.P. desconociendo la remisión normativa que este hace al artículo 351 *ibidem* lo que constituyó una afrenta al principio de legalidad que traduce en una vulneración al debido proceso, al realizarse un control material al preacuerdo que no correspondía.

Señaló que el Juez no podía remitirse a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación sin analizar el caso particular, por cuanto la jurisprudencia era un criterio auxiliar de interpretación que debe aplicarse solo a casos iguales, estando la actividad de la judicatura circunscrita al imperio de la ley, máxime cuando los casos planteados en esos precedentes son abiertamente disimiles a este asunto.

Anotó que existen pronunciamientos de este Tribunal que sí desarrollan el problema jurídico específico de esta causa penal y avalan acuerdos como el aquí presentado, dándole aplicación a lo preceptuado en el canon 351 del C.P.P.

Para la defensora, aquí se está pactando una pena que no es irrisoria y que para nada desprestigia la administración de justicia, además el acuerdo respeta los derechos de las víctimas y no constituye una vía de hecho que amerite su control material por parte del Juez, más aún cuando se hace uso del

canon 351 del C.P.P. y la norma sustancial del artículo 30 del C.P. que permite la rebaja aquí otorgada.

En consecuencia, solicitó la revocatoria del auto recurrido.

7. LOS NO RECURRENTES

7.1. Representante de la víctima

Indicó no tener manifestación al respecto.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Competencia

De conformidad con el contenido del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía y la defensa, en contra del auto mediante el cual la Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, improbió el acuerdo celebrado por las partes.

8.2 El problema jurídico

De conformidad con la argumentación efectuada por los recurrentes, encuentra la Sala como problema jurídico a resolver el siguiente:

- ¿Según lo regulado en el artículo 352 procesal, resulta legal el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa por

medio del cual se pactó una rebaja superior a la tercera parte de la pena original a imponer, si el mismo se materializó en la audiencia preparatoria?

Para resolver el asunto en cuestión, la Sala hará un breve análisis de las reglas que se deben aplicar a los preacuerdos en Colombia. Luego revisará el caso en concreto.

8.2.1. Las reglas sobre los preacuerdos en Colombia.

En el esquema procesal introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, se privilegió los mecanismos de justicia premial o negociada como una estrategia político criminal para hacerle frente al ya histórico problema de congestión judicial y con ello poder ofrecer una justicia pronta y cumplida como objetivo de primer orden constitucional.

Para ello el legislador consagró, entre otras, las figuras del allanamiento a cargos y los preacuerdos, como formas de juicio abreviado –terminación anticipada del proceso – en donde la ley otorga unas rebajas de pena, bien sea porque el procesado decide unilateralmente allanarse a los cargos que le imputó el Ente Instructor¹, o bien porque al delegado de esta entidad acuerda con el procesado la concesión de algún beneficio para que en términos de cuantificación punitiva este salga beneficiado a cambio también de que acepte su responsabilidad².

¹ Arts. 351, 355 y 367 de la Ley 906 de 2004

² Art. 350 idem

La regulación de estas dos figuras procesales han tenido un extenso y consolidado precedente jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Justicia³, como de la Corte Constitucional⁴, fruto de lo cual hasta el momento se ha decantado como *ratio decidendi* o sub regla jurisprudencial que en materia de justicia negocial, el juez, de conocimiento o de control de garantías, necesariamente para aprobar o validar la aceptación unilateral de cargos o el convenio entre las partes, debe verificar, al tenor de lo establecido en el artículo 351 procesal, de un lado, que la susodicha aceptación fuere producto de la decisión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada del procesado y de otro, que el allanamiento o acuerdo no afecte o vulnere garantías fundamentales, entre las que se encuentra **el principio de legalidad** de los delitos y de las penas, que por cierto no solo cubre al procesado, sino también a las víctimas y a la sociedad misma, lo que implica el respeto irrestricto sobre la adecuación típica y la tasación de las penas dentro de los precisos límites fijados por el legislador que es un imperativo de obligatorio cumplimiento tanto para las partes como para el juez.

Para la concesión de las rebajas ofrecidas en virtud del preacuerdo, operan los principios de **progresividad** (entre más temprana la colaboración de parte del procesado, mayor será el beneficio que se pueda obtener) y **proporcionalidad** que se tienen en cuenta también para los allanamientos, lo cual está íntimamente relacionado con el momento procesal en el que se somete a control judicial la negociación.

³Confrontar, entre otras las sentencias con radicados 31531 de 2009, 39886 de 2013, 39892 de 2013, 40871 de 2014, 41570 de 013 y las de tutela 69478 de 2013 y 70392 de 2013.

⁴ Confrontar, entre otras, la C-059 de 2010 y C-1260 de 2005

Respecto de esta cuestión resultan relevantes dos normas procesales: El artículo 350 y el 352 de la Ley 906 de 2004

En la primera norma en comentario se establece que desde la formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía puede llegar a un preacuerdo sobre los términos de los cargos penales, lo cual describe nítidamente un interregno infranqueable en donde las negociaciones tienen un amplio campo de acción para eliminar un agravante o tipificar la conducta de una manera más benigna al procesado, posibilidades y beneficios que se van reduciendo a medida que avanza el proceso, tal como claramente lo advierte la Corte, cuando al respecto, en el año 2020, afirmó:

La Sala, con criterio mayoritario, en la providencia a la que se ha hecho referencia (52.227), al referirse al beneficio punitivo que la Fiscalía debe otorgar en lo preacuerdos por la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito cometido, señaló que debe ser proporcional, **esto es, no debe conceder descuentos desmesurados, para ello, se debe tener en cuenta el momento procesal en el que se hace la negociación por las partes, de tal forma que la gracia por readecuación típica, la eliminación de una agravante o la consideración de una disminuyente de punibilidad, no puede resultar superior a ese máximo que se permite dado el estado del proceso en que se hace la negociación, pues se haría desproporcionado.**⁵

⁵ C.S.J. Sala de Casación Penal, rad. 51478 de 2020.

Por su parte, la segunda norma, esto es el artículo 352, en clara aplicación de los referidos principios de progresividad y proporcionalidad, establece una segunda fase de preacuerdos al prescribir que presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el procesado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar negociaciones en los términos previstos en el artículo anterior; pero que cuando los mismos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá solo en una tercera parte:

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.

Ahora bien, frente al límite procesal inicial puede haber cierta ambigüedad porque en el artículo 352 se habla de “presentada la acusación”, con lo cual no es claro si ese límite está fijado en la simple presentación del escrito ante el juez o realmente es cuando se verbaliza la misma en la audiencia respectiva. El criterio de la Sala es que atendiendo a la naturaleza eminentemente oral de nuestro proceso y que la acusación es un acto complejo compuesto por el escrito y su formulación oral en audiencia, la interpretación más garantista sería la segunda, esto es, que el plazo final es hasta antes de verbalizarse formalmente la acusación.

Como de manera nítida se puede observar, los preacuerdos después de formulada oralmente la acusación tienen una seria limitante, pues se podrá pactar la eliminación de un agravante o una tipificación más benigna; pero el beneficio punitivo ya solo puede ser de una tercera parte, todo ello en virtud del **principio de progresividad** que impera en la aplicabilidad de la justicia premial, según se dijo.

Es cierto que frente a los preacuerdos, diferente a lo de los allanamientos, hay más espacio de acción; como se observa claramente de sus respectivas regulaciones normativas, pero por ser dos manifestaciones de una misma institución, como es la justicia premial, las rebajas que se concedan por cualquiera de las dos vías tienen que ser proporcionadas y equiparables de forma razonable para evitar acciones fraudulentas o simplemente incuriosas de las partes o de una de ellas.

Por último, no es admisible el argumento de que la limitación impuesta por el artículo 352 solo es aplicable cuando el preacuerdo versa sobre la cuantificación de la pena, pues tal norma en ningún momento hace tal tipo de distinción y, por tanto, resulta plenamente válido el principio hermenéutico que dice que donde el legislador no distingue no es dable al interprete hacerlo.

8.2.2. Del caso en concreto

Habiéndose efectuado estas precisiones y adentrándonos al caso concreto, tenemos que la Fiscalía imputó y acusó al señor

Cristian Camilo Sánchez Sánchez por los delitos de uso de menores en la comisión de delitos y hurto calificado y agravado, cargos que no fueron aceptados por el procesado hasta después de la formulación oral de la acusación, esto es, en sede de la audiencia preparatoria, cuando se manifestó por parte de la delegada del ente acusador la suscripción de un preacuerdo con la defensa, consistente en la modificación del grado de participación de autor a cómplice, otorgando una rebaja del 50% para el delito de mayor entidad, esto es, el de uso de menores en la comisión de delitos y tasando una pena final de 5 años y un mes.

El acuerdo presentado por las partes fue improbadado por el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín por cuanto la rebaja otorgada por la Fiscalía sobrepasaba la permitida para la etapa procesal en la cual se efectuó la aceptación de responsabilidad negociada.

Ante la decisión improbativa de la judicatura de primer nivel, tanto la Fiscalía como la defensa del encartado, promovieron el recurso de apelación.

La delegada del Ente Acusador indicó que en este evento no se podía dar aplicación al inciso segundo del canon 352 del código de procedimiento penal, por cuanto la modalidad del preacuerdo presentado no obedecía al otorgamiento de una rebaja punitiva en sí, sino a la aplicación del canon 30 del C.P. y que el resultado de la negociación no representaba una afrenta al aprestigiamiento de la administración de justicia, a garantías fundamentales o al principio de progresividad.

La defensa del acusado, también hizo hincapié en la imposibilidad de tener en cuenta el 352 procesal a este asunto, señalando además que no se podía dar aplicación a los precedentes jurisprudenciales sin mirar cada caso en particular y que la pena resultante del preacuerdo no era nimia ni desprestigiaba la justicia, indicando que se habían respetado los derechos de las víctimas sin estar ante una vía de hecho que permitiera controlar materialmente el preacuerdo.

Comparte la Sala la postura del *a quo*, toda vez que refulge nítido que la disminución punitiva que se acordó por parte de la delegada fiscal y el procesado es superior a la que se permite en este estadio procesal, por expreso mandato del canon 352 procesal, motivo por el cual no pueden ser de recibo los argumentos que se ha expuesto por parte de la Fiscalía y la defensa al considerar que no podía dársele aplicación al precitado artículo.

La Magistratura no es ajena a que la técnica legislativa usada en materia de regulación de los preacuerdos es un tanto confusa y caótica, pero ello no es óbice para efectuar un debido ejercicio interpretativo de esta.

En ese sentido, la rebaja taxativa consagrada en el inciso segundo del 352 procesal rige para todas las formas de presentación de preacuerdos y no solo opera, como lo quiso dar a entender la Fiscalía en sus alegaciones y lo coadyuvó la defensa, para los eventos donde se pacte una rebaja estándar de pena como beneficio derivado de la negociación, por cuanto esa interpretación restrictiva riñe con una adecuada hermenéutica literal, sistemática y teleológica de la norma en

comento, tal como se explicó con suficiencia en el acápite precedente.

Lo anterior toma mayor sentido cuando se compagina ese contenido normativo con el **principio de progresividad** de la actuación, que impele a que el funcionario judicial encargado de realizar la verificación de legalidad del preacuerdo deba identificar que el monto de rebaja que se debe otorgar esté acorde con el estanco procesal en el cual se pone a su consideración el resultado de la negociación efectuada entre las partes.

Ahora, de cara al argumento de la defensa que indica que los precedentes jurisprudenciales no pueden aplicarse a todos los casos sin mirar las vicisitudes particulares que lo generaron, es menester señalar que los pronunciamientos traídos a colación por la primera instancia comportan unas fuertes y pacíficas sub reglas que esta Sala comparte y que impedirían impartir aprobación al resultado de la negociación por esa burda violación al principio de gradualidad de la actuación contenido en el resultado de la negociación aquí presentada.

Dicho de otra manera, los precedentes jurisprudenciales citados por el *a quo* se avienen en buena medida al caso de marras por cuanto se está ante un evidente desconocimiento del principio de gradualidad al otorgarse una rebaja superior a la tercera parte de la pena, que es la que opera cuando la aceptación consensuada de responsabilidad tiene su surgimiento luego de

formulada oralmente la acusación, que fue lo que calcadamente ocurrió en este asunto.

En consecuencia, ante la imposibilidad de que el beneficio punitivo en audiencia preparatoria, por vía de preacuerdo, sea superior a la tercera parte de la pena a imponer de acuerdo a lo establecido en el artículo 352 procesal, lo que procede forzosamente en esta oportunidad es confirmar la determinación adoptada el 28 de enero de 2021 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín consistente en improbar el preacuerdo presentado por la Fiscalía y el procesado.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

9. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio de fecha, origen y contenido reseñados, de conformidad a lo indicado en la parte motiva.

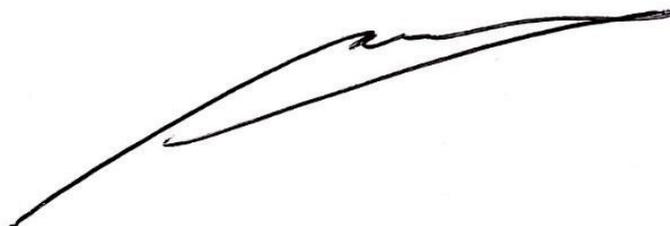
SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Remítase de inmediato la presente decisión al juzgado de conocimiento para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado
Con salvamento de voto

SALVAMENTO DE VOTO

Medellín, noviembre 28 de 2022.

Doctores:
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO Y
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.

Señores (as): sujetos e intervinientes procesales:

Inicialmente me correspondió la ponencia que planteaba una solución contraria a la decisión que por mayoría se tomó. Presento lo dicho y, al final, haré unas acotaciones respecto a algunos argumentos que no comparto de la misma:

Considero que le asiste razón a los recurrentes en el sentido que, del estudio del acuerdo, comparado con la legislación vigente, la jurisprudencia última que trata el tema y la valoración de los principios y valores que se pretenden realizar con el mismo, este no solo no va en contra de los mismos, sino que, por el contrario, ellos se convalidan dentro del caso en estudio.

La sala presidida por el suscrito ha sentado su posición sobre los acuerdos y negociaciones en materia procesal penal, en el caso con radicado 2018-04696, contra S.Y:F:S y A.U., delito de tentativa de homicidio, del 16-12-20, al cual me remito, cito las conclusiones correspondientes y resalto los puntos que a mi juicio son pertinentes para la solución del presente caso. En la mencionada decisión concluimos lo siguiente:

- 1. Los sistemas alternativos de solución de conflictos de manera consensuada son parte esencial y desarrollo del Estado Social y democrático de derecho. Se funda en la confianza en el ser humano para que solucione los problemas sociales y jurídicos en los que hace parte.*
- 2. El Juez adquiere la obligación de patrocinar y promover estos métodos de solución de conflictos penales. Es como el Constituyente y el legislador pretende que la inmensa mayoría de casos puestos en su conocimiento se solucionen. Tiene que procurar el respeto de TODOS los sujetos e intervinientes, se requiere un proceso de ponderación y balanceo de intereses.*
- 3. Al ser protagonista del sistema acusatorio, el Fiscal tiene que partir que su función es reglada no es dispositivo como en otras latitudes, tiene que regirse por los principios de*

objetividad y transparencia y respetar los derechos fundamentales de todos los que son parte del conflicto penal.

4. *El Juez, al ser constitucional en todos los casos que conoce, está llamado a proteger los derechos fundamentales de los sujetos e intervinientes del proceso penal, en consecuencia, el control que debe hacer a los acuerdos es INTEGRAL y MATERIAL.*
5. *El Defensor del imputado tiene el deber de estudiar la prueba recogida por la Fiscalía y brindar una asesoría seria y responsable a su defendido.*
6. *La Víctima y el Ministerio Público pueden participar en todo el proceso de negociación, se debe tener especial atención a la primera sobre todo cuando tienen una protección reforzada.*
7. *El imputado tiene que ser mayor de edad, debe estar plenamente individualizado, ser imputable tanto al momento de la comisión de la conducta punible base, como del acuerdo que irá a realizar. Los mecanismos consensuados empiezan a funcionar una vez exista la renuncia libre, voluntaria, consciente, asesorada, informada y con asistencia de defensor de su derecho de no autoincriminación.*
8. *Como quiera que todo el sistema constitucional y, por su puesto el penal, se funda en la verdad histórica en orden a generar consecuencias jurídicas, se debe hacer control material de la prueba en dos sentidos, el análisis de la legalidad y licitud de la prueba “mínima” que el fiscal debe allegar y reconstruir con ella el hecho jurídico relevante para con el hacer el proceso de adecuación con la conducta punible.*
9. *Establecido el núcleo fáctico de la imputación sobre este es permitido hacer supresión o reducción de cargos más favorables al imputado, tiene que existir cierta coherencia lógica entre lo imputado y lo reducido, y es un solo beneficio el otorgable, en los demás efectos jurídicos se mantiene la conducta inicialmente imputada por la Fiscalía y realizada por el condenado.*
10. *Dentro de esta lógica le está prohibido a la Fiscalía “regalar” beneficios que no tienen base fáctica. Igual, en el proceso inicial de adecuación típica, antijurídica y culpable, le está vedada la posibilidad de “inflar” los cargos, o “reducirlos” indebidamente.*
11. *Todo acuerdo tiene que cumplir con los elementos esenciales del negocio jurídico, que los sujetos, fiscal e imputado sean capaces, que este último tenga la calidad de imputable para el derecho, debidamente identificado e individualizado, su acto de renuncia debe ser plenamente libre, voluntario, consciente, informado, asesorado y acompañado de su defensor. Este asentimiento es esencial para la aceptación de la conducta punible cometida y del acto que irá a aceptar junto con sus consecuencias jurídicas. La causa jurídica del acuerdo es el delito cometido que debe existir y estar suficientemente probado, el objeto jurídico será la aceptación del acuerdo, se tendrá especial cuidado que no sea de los eventos prohibidos o condicionados por el legislador.*
12. *La Fiscalía y la Defensa tienen la carga de demostrar que el acuerdo, individualmente considerado, cumple con los fines establecidos en el artículo 348 del C.P.P.*
13. *De todas maneras, aún en los eventos prohibidos, el imputado tiene el derecho de renunciar a la presunción de inocencia, vale decir, de declararse culpable, caso en el cual, si la*

conducta está prohibida de hacer acuerdos, el juez impondrá la pena conforme el procedimiento ordinario sin reducción punitiva alguna.

14. *El acuerdo escrito y suscrito por la Fiscalía y la Defensa, debe ser conocido por todos los sujetos e intervinientes, con todo el material probatorio recolectado y presentado ante el Juez de conocimiento que citará a todos a la audiencia correspondiente.*
15. *En el desarrollo de la audiencia correspondiente, el juez debe propiciar los acuerdos, obvio respetando los límites contenidos en la Constitución y la ley y ampliamente comentados en la presente decisión.”*

Resaltamos que los acuerdos y negociaciones son un instrumento fundamental para la solución de conflictos sociales y jurídicos, es desarrollo de la misma Constitución Política en donde se torna en un imperativo el hecho que siempre se deba contar con las personas que son parte del conflicto, precisamente para su solución (artículo 2 de la C. Política), aunado a que uno de los deberes de la judicatura, además de la impartición de la justicia e igualdad material en cada caso puesto a nuestro conocimiento, es que somos factores de paz y convivencia social, vale decir que el funcionario judicial dentro de sus múltiples funciones debe procurar y facilitar esta clase de acuerdos, debe su labor ser protagónica, obvio en la idea de procurar una armonía entre todos los intereses en juego, en especial entre los sujetos e intervinientes del proceso, como es la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la Víctima. En consecuencia el objetivo sustancial de los mismos es el llegar al acuerdo sin desconocer los derechos de las partes.

En la mencionada decisión, atrás referenciada, sobre este punto en concreto, expresamos:

“Si el sistema político de Estado Social y Democrático de Derecho tiene como su piedra basilar al ser humano y su correspondiente dignidad, esta se debe hacer realidad en todas las relaciones públicas y privadas, más en las primeras en donde el Estado se torna en servidor de la comunidad y de todos y cada uno de sus integrantes. En consecuencia, a diferencia de los sistemas anteriores en donde prevalecía un modelo autoritario de derecho y más en las normas penales, en las cuales el procesado tenía solo unas contadas oportunidades de intervención, que generó a la vez una relación jurídica desigual entre el poder – la autoridad - y el individuo, en el actual modelo es obligación contar con él, más en la solución concertada del conflicto penal en el que está inmerso y no solo el, también las víctimas y la misma sociedad.

*Esto se desprende, entre otras normas del preámbulo de la Constitución, pues garantiza principios como la convivencia, la justicia, la paz, un orden social justo y un marco jurídico **participativo**, del artículo 1° sobre la dignidad humana y la forma de Estado **participativa**, del artículo 2° sobre el derecho a facilitar la **participación** de todos en las decisiones que los afectan, obviamente el delito es un problema del cual su autor es su protagonista y tiene derecho a participar en su solución, es ahora no solo objeto sino también sujeto del proceso.*

También encuentra respaldo constitucional en el artículo 29 sobre el debido proceso y en especial el ejercicio efectivo del derecho de defensa, que es contencioso y ahora puede ser consensuado, el artículo 95 respecto a los deberes y obligaciones de los ciudadanos (numerales 4,5,6 y 7) como el difundir los derechos humanos, participar en la vida comunitaria del país, propender por el logro y mantenimiento de la paz, colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, el artículo 250, numerales 1, 6 y 7 que habla de la justicia restaurativa y el derecho de las víctimas entre otras muchas normas. Ni se diga de los avances que se han dado en las convenciones internacionales referidas a la protección de los derechos humanos que son parte del bloque de constitucionalidad.

Resaltamos una de las funciones esenciales de todos, pero en especial de los jueces, de ser un factor de paz (artículo 22 de la C. P.) y convivencia social, en nuestra función debemos procurar esta finalidad basilar del Estado⁶, ello sobrepasa el cumplimiento simple de la aplicación de una norma o la imposición de una pena, ahora el deber, dentro de las posibilidades concretas, es procurar la solución del conflicto social puesto a su conocimiento. Si comparamos las dos visiones del derecho, el autoritario en el cual el juez está solo para cumplir con la ley e imponer la consecuencia jurídica que esta contiene, y la nueva visión según la cual es más importante hacer la paz entre la víctima y el victimario, o generar canales de entendimiento entre ellos para lograr no solo la concordia, sino que no se vuelvan a cometer estas conductas y generar mejores personas en quienes fueron parte de ese caso, salvo mejor criterio, esta vía es muchísimo más civilizada y coherente con el plexo de principios y valores que trae la Constitución. Incluso, la más limitada de estas opciones que es la que el autor de la conducta punible acepte libremente su responsabilidad penal⁷ es una alternativa más conveniente que seguir todo un proceso contencioso.

El Juez -y los demás miembros del sistema judicial- en consecuencia, tenemos el deber de patrocinar y aplicar los sistemas alternativos de solución de conflictos penales y ser factor para la búsqueda de soluciones lo más justas, pacíficas y racionales; que permitan cada vez más la posible armonía entre todos los intereses en juego, tanto del procesado sí, pero también de la víctima, la sociedad y los valores tales como la justicia material -insistimos-, la

⁶ La Corte Constitucional lo ha descrito como: "La Constitución de 1.991, que nació por la voluntad del pueblo de hacer cesar la situación sangrienta y de desorden público que viene sufriendo el país, consagró en el artículo 22 ese anhelo como un derecho constitucional fundamental: "La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento".

Este derecho se halla estrechamente relacionado con el respeto efectivo de los demás derechos iguales e inalienables de todo hombre. No debe confundirse la paz con la simple ausencia de guerra y de sangre derramada, o con la conjuración policiva de las crisis que afectan la seguridad nacional y la tranquilidad pública. Pero la verdadera paz no puede ser definida como una mera superación de la contienda armada o como una tregua. 1

La paz, en definitiva, no es otra cosa que el respeto efectivo de los derechos humanos. Cuando la dignidad humana es atropellada por la violencia o el terror, se está dentro de una situación de guerra contra lo más sagrado e inviolable del hombre. No puede haber paz mientras a nuestro alrededor hay quienes asesinan, secuestran o hacen desaparecer.

Una característica peculiar de este derecho es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; **un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política;** un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer.

Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo.

La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. El lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional llevó a su consagración como derecho y deber de obligatorio cumplimiento." (Sentencia T-102 de 1993.) (lo resaltado es nuestro).

⁷ El ideal no es que se opere como un simple negocio con espíritu utilitarista, en donde el imputado acepta su responsabilidad a cambio de una rebaja de pena, se pretende un cambio de actitud del infractor en la idea que sea mejor persona y que no vuelva a delinquir.

paz y la igualdad material. En su realización su actitud debe cambiar en la idea de ser más protagonista y menos formalista, más activo y menos indiferente, para el logro de estos cometidos. Además, desde el punto de vista práctico, no es sensato mantener por meses y años un caso que fácilmente se puede solucionar por estas vías. Incluso, hay que recordar cómo el reglamento de calificaciones para jueces y magistrados, promueve estas maneras de terminación consensuada de conflictos⁸.

Son variadas las maneras como el legislador, en desarrollo del principio anterior, consagra estas figuras, podemos citar las siguientes: el principio de oportunidad, la justicia restaurativa, la sentencia anticipada (en procesos de la ley 600 del 2000), la conciliación, la mediación, la indemnización de perjuicios, la retractación, el desistimiento, los acuerdos (allanamientos y negociaciones), algunos sistemas de sometimiento a la justicia, la justicia transicional, las amnistías e indultos, etc. Lo destacable es que en la mayoría de ellas es preciso contar con la participación protagónica del imputado, en especial, el acto trascendente de la renuncia a su derecho de no autoincriminación, en presencia y con la asesoría de su defensor jurídico. Obvio, los otros sujetos e intervinientes también tienen el derecho a participar de estos acuerdos.

Históricamente, estas figuras han tenido también su evolución, desde las primeras épocas en Roma y las comunidades germánicas con la “compositio”,⁹ pasando por los regímenes inquisitoriales en el cual estos sistemas de negociación se orientaban a que el procesado aceptara su culpa y se comprometiera a jamás nunca volver a cometer estas conductas, en especial ello tenía un contenido religioso y político.

Estos modelos fueron copiados y adaptados por los sistemas acusatorios anglosajones, pero con una idea más de practicidad ante la imposibilidad de dar respuesta a todos los problemas penales que se presentaban, el fiscal tiene un gran margen de acción para solucionar estos problemas y de manera discrecional¹⁰. El último modelo de concebirlos es el contenido en nuestra legislación y pretende ser un factor de solución de conflictos penales, como primer cometido, se desplaza el castigo como prioridad, se reconoce la dignidad del imputado, de la víctima y la sociedad para tales efectos. Las finalidades de los otros modelos se mantienen, pero en una dimensión secundaria. Hay, en los sistemas continentales europeos, un respeto al principio de legalidad que fija marcos de acción para aplicarlos, en especial, para la Fiscalía.

Si según el cometido debatido en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, el 90% de los casos conocidos dentro del sistema acusatorio se tienen que arreglar por estos medios, esta forma de solución de problemas judiciales es prioritaria, es la regla general y de obligatoria observancia para todos los que somos parte de este sistema penal¹¹. No se le puede concebir como algo excepcional o accesorio. En esto se desplaza el sistema contencioso, que obvio, no desaparece. Insistimos, este propósito impone un radical cambio de percepción del sistema jurídico penal parte de todos los que lo conforman, en especial del Juez, del Fiscal y la Defensa.

⁸ Véanse los artículos 36 y 37 del acuerdo PSAA16-10618 del Consejo Superior de la Judicatura.

⁹ Mommsem, Teodoro. Derecho Penal Romano. Ed. Temis. 1976. Bogotá. Pg 466. ARMENTA DEU, TERESA. Pena y proceso: Fines comunes y fines específicos. Dialnet. Pag. 442. MAIER, J.B.J. 2004. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. “Ed. Buenos Aires. Págs 264 y 265 (Citado por FRANCO CONFORTI. El hecho jurídico restaurable. Nuevo enfoque en derecho penal. Ed. DYKINSON. Madrid).

¹⁰ Garzón A., Londoño C. y Martínez G. Negociaciones y Preacuerdos. T.1, págs 54 y 55. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá. 2007.

¹¹ Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal. Acta 25, páginas 24,26,28 y 43.

Considera la Sala que, por regla general, los sistemas alternativos de terminación anticipada del proceso, se convierten en un derecho de quienes son sujetos o intervinientes, si es voluntad del imputado acogerse a tales mecanismos tanto la Fiscalía como la Judicatura debe procurar su realización. A la vez, el Juez adquiere la facultad de facilitar los acuerdos, siempre dentro de los criterios moduladores como los de necesidad, ponderación, legalidad y corrección¹², lo mismo que el cumplimiento de los fines que persiguen estas figuras, vale recordar la humanización de la actuación procesal y la pena, el obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales generados con el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios generados con este y lograr la participación del imputado en la definición de su caso¹³. Como se puede observar, se busca la realización de los principios constitucionales que hemos comentado. Es importante en esa labor el desformalizar las actuaciones previas al mismo en orden a obtener ese objetivo que, repetimos, es la prioridad de la actuación judicial actual, eso sí dentro de criterios de imparcialidad, racionalidad y justicia material.

En la actividad de ponderación se tiene que partir que en estos acuerdos se renuncia a cierto nivel de justicia, pero se gana en la solución del conflicto penal, todos los sujetos e intervinientes, por regla general, no logran todo lo que esperan, pero a la vez no pierden todo lo que pueden perder, el funcionario judicial tiene que armonizar estas tensiones en orden, al final, a que se logren los fines establecidos en esas figuras, y, a la vez, que no se desconozcan los derechos de las demás partes en proporciones injustificadas. En otras palabras, es una función de armonización y balanceo de todos los intereses en tensión.

Observamos como algunos de los desarrollos legales, al restringir estas posibilidades, no solo no han entendido estas figuras, sino que se quedan en una sola función del derecho penal que es la retributiva. A la vez algunas interpretaciones jurídicas lo han hecho bajo esquemas ajenos a nuestra cultura, especialmente de corte anglosajón en donde se prioriza el principio dispositivo sobre el de legalidad, y, también un criterio utilitarista de la negociación, una renuncia a la no autoincriminación a cambio de una rebaja punitiva, por ello tiene sentido que allí se hable de justicia premial. Lastimosamente el debate sobre los acuerdos no se ha dado con relación a esta nueva visión de estas instituciones que, repetimos, realzan el valor del ser humano y de una manera más civilizada de solucionar conflictos penales.

Ahora, el sistema básico acusatorio tiene que adaptarse a las nuevas corrientes del derecho surgidas luego de la Segunda Guerra Mundial sobre todo frente a las formas alternativas de solución de conflictos sociales y, dentro de ellos, los penales. Se yergue por tanto el principio del consenso. Antes, el detentador del poder, bajo el esquema de derecho autoritario, a través del principio de legalidad, fijaba para los conflictos penales una declaración del mismo, establecía un límite que a la vez se convertía en una garantía del ciudadano, es decir declaraba lo que era delito y, además, imponía la pena como modelo único de solución de los problemas sociales, concebía así la manera de administrar justicia. Ese modelo hizo crisis, el sistema no pudo resolver los casos puestos a su conocimiento, es más, los agravó. Las nuevas alternativas parten de una visión distinta: no es el que detenta el poder quien con una sola fórmula puede arreglar los conflictos que se presentan en la sociedad, son los seres humanos comprometidos en estos problemas los que tienen la primera opción de solucionarlos, este nuevo sistema parte y cree que ellos son capaces de arreglarlos, aún los más difíciles; en consecuencia, el sistema jurídico tiene que permitir que ello ocurra, con ello no se desvertebra el modelo jurídico actual sino que, por el contrario, lo complementa y lo

¹² Artículo 27 del C.P.P.

¹³ Artículo 348 del C.P.P.

refuerza. Obvio que, si no hay voluntad de recurrir a estos modelos, se aplica el régimen ordinario.”

Ahora, 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.”

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, aclaro 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 a otras hipótesis, menos el generalizar estas restricciones a otras modalidades de los acuerdos y negociaciones.

En efecto, las otras hipótesis de los acuerdos, como los reseñados en el artículo 350 del C.P.P., no están contenidos en esta restricción. Dentro de las hipótesis del mencionado artículo resalto la del numeral 2 de esta norma que considero es la causal aplicable al caso concreto, 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.

Es la misma Corte Suprema de Justicia la que desde la sentencia SP 2073 , DEL 24-06-20, R. 52227 con ponencia de 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, 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.

Como complemento al argumento anterior es pertinente aclarar una afirmación según la cual el máximo posible de rebaja por los acuerdos es el 50%. Es admisible esta afirmación, como interpretación jurídica, frente a la figura de los allanamientos, en donde habría una correlación entre los artículos 351 y 352 del C.P.P., pero como quiera que es el mismo legislador el que permite otras modalidades de negociación, valga recordar: acordar un delito relacionado con pena menor (por ejemplo de extorsión (art. 244 del C.P.) a constreñimiento ilegal (art. 182 del C.P.)), o que se elimine alguna causal de agravación punitiva (por ejemplo del hurto agravado (art. 241 del C.P.) frente al hurto simple o calificado, o de las agravantes de la estafa del artículo 247 del C.P., respecto al delito base), o algún cargo específico (como en el caso del concurso de conductas punibles el excluir uno de los delitos). En estos casos, eventualmente la negociación permite 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. Cito, 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) en una instancia posterior a la formulación de acusación, concretamente al inicio del juicio oral. Todo lo anterior para concluir que es la misma legislación la que permite negociar 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.

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. Cito 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 realizó el proceso de dosificación punitiva del concurso de conductas punibles para llegar al acuerdo.
2. En la sentencia SP 4225 de 2020. R. 51478 del 21-10-20, analizó un caso ocurrido en Medellín, se presentó el acuerdo al inicio del juicio oral, el cargo realizado fue por una tentativa de homicidio simple, se negoció como rebaja única de la pena, la reducción contenida en el estado de marginalidad (solo para efectos punitivos), no se hizo mención a lo dispuesto en el artículo 352 del C.P.P. respecto al límite de la tercera parte, la pena quedó solo en 48 meses de prisión con prisión domiciliaria. Resalto que la reducción de pena fue, incluso, superior al 50 % de la pena, la Corte no manifestó inconformidad sobre la cantidad de pena reducida y menos sobre la fase procesal en que se dio la negociación.
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 controvirtió la figura del reintegro del artículo 401 del C.P., respecto a la restricción de hasta la tercera parte como máximo a reducir, 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, 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 les 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 conclusión, 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 fases 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, no encuentro objeción alguna, como se ha manifestado, las víctimas se declararon resarcidas del perjuicio causado, la sanción en sí la consideramos suficiente, ello teniendo en cuenta el fenómeno del “inflacionismo penal”, el conflicto presentado se ha solucionado de manera satisfactoria, las partes estuvieron presentes y participaron activamente en la solución del mismo, 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.

En conclusión, el artículo 352 del C.P.P., al ser una norma que restringe derechos fundamentales debe ser interpretada de manera restringida y taxativa, no como se hizo en la decisión mayoritaria, de manera extensiva y en mala parte, tal artículo es complementado

con el 351 ibidem y solo se aplica para allanamientos y cuando se acuerdan hechos imputados y sus consecuencias. En modo alguno se habla de las hipótesis contenidas en el artículo 350 del estatuto procesal penal, pues esta contempla la actuación procesal que las partes pretendieron hacer en este caso: *“de una forma específica con miras a disminuir la pena”*. En otras palabras, **aquella norma NO ES APLICABLE PARA EL CASO EN ESTUDIO**. Por lo dicho, es abiertamente equivocado extender las hipótesis restrictivas de los artículos 352 y 351 del C.P.P., a otras hipótesis no contempladas en la norma.

Además, es el mismo legislador el que permite, en casos concretos, reducir más del 50% de la pena, como se ejemplificó en líneas precedentes. En consecuencia, como quiera que igual que el supuesto anterior, si es el legislador el que otorga esos beneficios o derechos, mal puede el intérprete restringirlos y mucho menos cuando estos comprometen derechos fundamentales.

Reitero que jurisprudencialmente la Corte Suprema, Sala Penal, no ha hecho objeción alguna respecto a la reducción de penas mayores a la tercera parte en ese momento procesal, a más que valorativamente el acuerdo está conforme con lo establecido con los fines que pretenden esta clase de negociaciones.

Es cierto que hay mucha ambigüedad en el tema de los acuerdos y allanamientos, este no es pacífico, los principios de progresividad y proporcionalidad, estimo, deben ser tratados de manera concreta y no abstracta, depende del caso que se juzga y de las valoraciones especiales que al respecto se hacen, igual que los intereses que están en juego. Como lo expuse, es la misma Corte que desconoce en casos concretos la restricción contenida en el artículo 352 del C.P.P., y en orden a hacer prevalecer el acuerdo y en la idea de acatar la misma ley.

Por último, controvierto la afirmación según la cual, en estos momentos se debe aplicar el principio hermenéutico según el cual *“cuando el legislador no distingue, no le es dado al intérprete distinguir”*, este precepto es explicable dentro de un sistema jurídico positivista, en donde se exalta la obediencia del intérprete al legislador y se desconocen las realidades sociales, tal criterio ha sido desplazado hace ya bastantes años, desde el momento en que la Constitución tiene fuerza normativa y en ella se da primacía al ser humano, su dignidad y los derechos humanos, más aún con el concepto de bloque de constitucionalidad y del control

de convencionalidad. Insisto, y más con el juez, tenemos la carga de administrar justicia material y no la simplemente formal, resalto que somos factores determinantes para lograr la paz y la convivencia social, en estos momentos resulta anacrónico el aplicar mecánicamente la ley, hay que consultar la realidad y buscar la mejor solución posible, por ello tiene sentido que en las normas rectoras del Código Procesal Penal, se consagren los moduladores de la actuación procesal penal, artículo 27.

Al final, creo que la aceptación del acuerdo, en este caso concreto, es muchísimo más coherente con los principios y valores constitucionales y soluciona de mejor manera el conflicto penal puesto a consideración de la justicia penal, por ello creo que fue un error el no aprobarlo.

Sin otro particular,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'O' followed by a series of loops and a final flourish.

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
MAGISTRADO.