

Proceso: 050016000206 **2020-12727**
Delito: Violencia contra servidor público
Acusado: Fredy Gómez Vásquez
Procedencia: Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación sentencia producto de preacuerdo
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia Nro. 004-2024

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DECIMOSEGUNDA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintinueve (29) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto aprobado según acta Nro. 065

VISTOS

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso el delegado del ministerio público y la defensora de **Fredy Gómez Vásquez** en contra de la sentencia del 26 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, a través de la cual lo condenó, en los términos acordados con la Fiscalía, como autor del delito de violencia contra servidor público.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1 Los primeros fueron descritos por el a quo así:

“FREDY GÓMEZ VÁSQUEZ aceptó que el día 30 de agosto de 2020 a las 5:00 horas, frente al inmueble ubicado en la carrera 77D NRO. 108- A27, agredió

con una silla al patrullero ARNOLD DÍAZ SOTELO reventándole la nariz y causándole lesiones que lo incapacitaron por veinte días; para impedirles un registro, oponiendo resistencia, luego de haberles gritado “tombos gonorreas”, cuando ejercían labores de vigilancia y control en esa dirección”.

1.2 El 31 de agosto de 2020, ante el Juzgado 41 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación por el delito de violencia contra servidor público descrito en el art. 429 del C.P., en esa oportunidad no hubo allanamiento a cargos y la fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento.

1.3 El 10 de octubre de 2020, la Fiscalía 170 Seccional radicó ante el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, escrito de acusación en contra de Fredy Gómez Vásquez por el mismo delito imputado. Dicha actuación le correspondió por reparto para su conocimiento al Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, ante quien se efectuó la formulación oral de los cargos el 28 de septiembre de 2021.

1.4 El 25 de enero de 2022 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y el 21 de octubre siguiente, cuando se iba a llevar a cabo la primera sesión de juicio oral, la Fiscalía informó que había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensora, el mismo que consistía en que Fredy Gómez Vásquez reconocía su responsabilidad en la comisión del delito de violencia contra servidor público a título de autor y a cambio la Fiscalía degrada su participación de autor a cómplice solamente para efectos punitivos, disminuyéndose la pena en la mitad para un total de 24 meses de prisión.

Luego de que el acusado y su defensa confirmaran que éstos era los términos del preacuerdo, el a quo lo aprobó y dio paso a la audiencia de individualización de la pena, momento en que la fiscalía dejó a criterio del fallador la concesión o no de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, mientras que la defensa solicitó que ésta le fuera concedida a su representado ante la carencia de antecedentes penales. Enseguida profirió la sentencia que se revisa.

El delegado del Ministerio Público y la defensa inconformes apelaron la decisión.

2. DE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

El funcionario de primera instancia luego de valorar los elementos de convicción en que la fiscalía sustentó la negociación indicó que no existe motivo alguno que permita poner en duda la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del procesado.

Destacó que ha sido su criterio aprobar preacuerdos en la etapa del juicio, pues considera que independientemente del momento procesal se deben admitir las negociaciones que lleve a cabo la fiscalía con el acusado sin restricciones en las rebajas, distinto a lo que acontece con los allanamientos en los que, la etapa procesal funge como limitante y trajo a colación el salvamento de voto del Magistrado Oscar Bustamante Hernández dentro del proceso con radicado 2019-09871 donde una Sala de este Tribunal decidió anular un preacuerdo con el argumento de que se viola el debido proceso y el principio de legalidad.

Frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena solicitada por la defensa, refirió que ésta no procedía por expresa prohibición al estar contenida la norma por la que resultó condenado Gómez Vásquez en el art. 68A del C.P., al tratarse de un delito contra la administración pública y aclaró que, si bien es cierto, una Sala Penal de este Tribunal¹ inaplicó dicho artículo al considerar que la exclusión de beneficios procedía para aquellos delitos que constituyeran actos de corrupción; también lo es que otra Sala² afirmó todo lo contrario, circunstancia que lo lleva a acoger esta última postura, a pesar de defender la técnica de la principalística como el mejor método en las prácticas judiciales, pues en cierto sentido, el ataque a un agente de policía para impedirle que realice una captura puede claramente considerarse como una forma de corrupción ya que obstaculiza el cumplimiento de la ley y el funcionamiento adecuado de las instituciones encargadas de mantener el orden y la seguridad públicos.

Así las cosas, condenó al procesado como autor responsable del delito de violencia contra servidor público a una pena de prisión de 24 meses y por el mismo lapso la accesorio de inhabilitación de derechos y funciones públicas. Negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

¹ Sentencia 012 de 2022, Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín del día 22 de agosto de 2022.

² Auto 021-2023 del 02 de junio de 2023, radicado 0500116000206 2019-05686.

3. DEL RECURSO

3.1 El delegado del Ministerio Público apeló la decisión y la sustentó en tiempo oportuno solicitando que se revoque la decisión por medio de la cual se aprobó el preacuerdo en razón a que el mismo no aprestigiaba la administración de justicia.

Explicó que el preacuerdo celebrado entre la fiscalía, el acusado y su defensa, y que fuera aprobado por el a quo, tenía una rebaja de la pena superior a la permitida en esta etapa procesal ya que la misma debía ser de una cuarta parte y no de la mitad como se pactó, pues el hoy condenado fue capturado en situación de flagrancia, de ahí que reportó mayores réditos en lo referente a la rebaja de pena obtenida. Soportó su solicitud en senda jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³.

3.2 La defensora pública de Fredy Gómez Vásquez indicó que el motivo de disenso con la decisión de primer grado tenía que ver con la negativa de concederle a su asistido la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria por expresa prohibición del artículo 68A del C.P.

Adujo que, hay dos decisiones judiciales de Tribunales Superiores de Distrito Judicial en Colombia donde se han apartado de la prohibición de que trata el artículo 68A para dar aplicabilidad a los subrogados penales en este delito a pesar de la prohibición legal, por tanto, solicitó que se estudiara la viabilidad de que su representado se hiciera acreedor a los mismos, toda vez que se promueven la reinserción social del condenado, siendo esta una de las finalidades de mayor trascendencia de la pena, en virtud del artículo 4 del Código Penal.

Indicó que el problema jurídico a resolver surge del artículo 68A ibídem, modificado por el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), que establece una prohibición legal para el juzgamiento de este delito, aun cuando su finalidad exclusivamente era prevenir la corrupción, empero en este evento el delito de violencia

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 45736 del 24 de febrero de 2016 y radicado 52227 del 24 de junio de 2020, entre otros.

contra servidor público solo tiene como finalidad proteger la administración pública por agresiones físicas o por constreñimiento a servidores públicos y no por actos relacionados con corrupción. Por tanto, la negación de la aplicación de estos mecanismos en este delito implica el sacrificio de algunos de los más importantes derechos fundamentales de la persona como lo son: el derecho a libertad e igualdad, lo cual no encuentra justificación en virtud del modelo resocializador, sobre todo si a esto se suman las condiciones de hacinamiento carcelario, que impiden una adecuada resocialización y lesionan importantes derechos fundamentales de la persona condenada

Luego de analizar la evolución normativa del tipo penal de violencia contra servidores públicos en Colombia, describir las implicaciones legales del delito en materia de subrogados penales y explicar la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de aplicación de subrogados penales en el delito que nos ocupa⁴, concluyó que, a pesar de que la norma no establezca una diferenciación clara respecto de cuáles delitos de los enlistados en el título XV del C.P., forman parte de la restricción legal, es claro que el delito de violencia contra servidor público no puede clasificarse dentro de ésta, cuando lo que pretende dicha norma es garantizar la dignidad de las instituciones del Estado, circunstancia que no puede aplicarse de manera abstracta y generalizada, como para entender que adquiere la gravedad de actos de corrupción.

En ese sentido solicitó que la decisión fuera modificada y se le concediera a Fredy Gómez Vásquez la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

No hubo intervención de los sujetos procesales no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

⁴ Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, Radicado No 05001 60 00000 2019-01346-2 y radicado No 520016000485201500381- 1 del 30 de enero de 2019 Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal.

2. Ha de recordarse, igualmente el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que limita el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

3. Resaltado lo anterior, los problemas jurídicos que plantean los recurrentes se contraen a determinar si el juez de primera instancia se equivocó i) al proferir condena producto de un preacuerdo, sin tener en cuenta que el procesado fue capturado en flagrancia, de ahí que el beneficio de que trata el art. 351 de la Ley 906 de 2004, correspondía a la cuarta parte de la pena a imponer y ii) no concederle al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

Para resolver los anteriores planteamientos la Sala hará una breve reseña sobre la figura de los preacuerdos a la luz de las vigentes jurisprudencias tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acerca de la procedencia de aplicar el criterio relativo al momento procesal en que se acude a este instituto como determinante único de la rebaja a conceder, luego se traerá a colación criterio jurisprudencial acerca de si el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 se aplica a los preacuerdos para finalmente aplicar esos insumos al caso concreto, y por último se verificará si es procedente o no la concesión de subrogados y beneficios penales en el delito de violencia contra servidor público.

4. Pues bien, como institutos de derecho penal premial y consensuado adoptados por la ley 906 de 2004, se encuentran, de un lado los allanamientos a cargos, actos esencialmente unilaterales, caracterizados porque una vez el encartado conoce la imputación o los cargos que en su contra formula la fiscalía decide de manera voluntaria e informada aceptarlos a cambio de una reducción o rebaja en la pena que recibirá del juez, cuyo monto depende fundamentalmente del momento procesal en que se produce la aceptación. Insiste el Tribunal en que se trata de un acto unilateral del acusado, pues la fiscalía no participa en forma determinante en su concreción, al punto que no puede oponerse a su realización a fin de agotar el proceso a través de su trámite ordinario.

De otro lado están los preacuerdos entre Fiscalía e imputado o acusado, estos sí de carácter bilateral, que nacen del consenso entre aquellos acerca de los términos de la imputación, de modo tal que el procesado decida declararse culpable del delito imputado o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal elimine alguna agravante o cargo específico o adecue la conducta de una determinada manera que comporte un resultado más favorable desde la punibilidad para el acusado⁵.

Salta a la vista que se trata de institutos diferentes, perfectamente diferenciables y diferenciados, así estén reglados de manera simultánea y en ocasiones indistinta por el legislador. Lo cierto es que se trata de instituciones ontológicamente diferentes.

El artículo 348 de la ley 906 de 2004, se encarga de señalar las finalidades de estas formas de terminación anticipada del proceso, entre las cuales resulta oportuno resaltar lo plasmado en su inciso segundo en el sentido de que *el funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia*. De ese aparte normativo resulta esencial y concreto el deber señalado en último lugar, pues es claro que no se puede pregonar la existencia inconcusa de una política criminal del estado y las directrices de la Fiscalía no siempre son consistentes. Entonces, el mandato claro plasmado en la norma está determinado porque con la aplicación de estos institutos se aprestigie la administración de justicia o, desde una formulación negativa del fin, que con ellos no se desprestigie la administración de justicia. Se trata de un imperativo, casi de un mandato de optimización cuyo incumplimiento debe generar efectos en punto de la aceptación y procedencia del instituto.

La obtención en la práctica de esa finalidad, claramente expresada en la ley no ha estado libre de dificultades. Primero, con la implementación de los allanamientos. Es los albores del sistema esta fue la herramienta más utilizada por los defensores a cambio, casi siempre de las rebajas máximas, en la mayoría de los casos del 50% de las penas a imponer sin absolutamente ninguna consideración adicional. Expresado de diferente manera, estas concesiones no siempre resultaban proporcionales a la gravedad de la

⁵Sentencia del 23 de julio de 2009, radicado 31.063 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

conducta, a los derechos de las víctimas, etcétera. Esta realidad hizo que, en casos de flagrancia, entre las muchas interpretaciones posibles en punto del monto de las rebajas por allanamiento se optara por aquella que ofrecía los más precarios beneficios⁶. Una tal realidad, llevó a que el allanamiento se hiciera casi inaplicable y que las partes dirigieran su atención y concentraran sus esfuerzos creativos hacia y en los preacuerdos. Fue así, como se pasó de la obtención casi generalizada de beneficios punitivos de un 50% a otros en porcentajes muy superiores, de más del 80%, pero además con efectos en sede de la libertad de los procesados dado el monto de las penas acordadas, sin que el juez pudiera intervenir en aplicación de la línea jurisprudencial decantada para entonces.

Así las cosas, puede decirse que se empezó por un uso desmedido de los allanamientos, que incumplía el fin anunciado de aprestigiar la administración de justicia, para seguir con el uso en condiciones semejantes o aún más desmesuradas de los preacuerdos, con los mismos resultados frente al deber o fin expuesto.

En ese estado del arte, surgió la Sentencia SU-479 de 2019, que consideró improcedentes los preacuerdos que incorporaban una calificación jurídica favorable al acusado sin un sustento probatorio mínimo que la respaldara al considerar que de esa manera se solían conceder rebajas desproporcionadas. Esto concluyó la Corte al respecto:

“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”.

El criterio acabado de exponer, como reacción al uso irresponsable que de los preacuerdos hicieron las partes, sin duda alguna desdibujó el instituto, pues su razón de ser, su esencia, enseña que reconoce beneficios que no están acreditados probatoriamente, pues de estarlo, así sea mínimamente no pueden constituir una contraprestación por la aceptación

⁶ Sentencia C-645/12 que señaló con criterio de autoridad la interpretación que debía darse el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 que modificaba el artículo 301 de la ley 906 de 2004, referido a la flagrancia, cuyo tenor era el siguiente: Parágrafo. LA persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ parte del beneficio de que el artículo 351 de la ley 906 de 2004.

de responsabilidad, sino que deben ser reconocidos como derechos del imputado o acusado.

El anterior criterio jurídico fue de alguna manera interpretado, y atemperados sus efectos, por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia a partir de la decisión SP2073 2020, radicado 52.227 del 24 de junio de ese año. En efecto, en esa oportunidad la Corte de Casación destacó que los preacuerdos en que se acude a un cambio en la calificación jurídica de la conducta sin una base fáctica que la sustente en efecto desconocen el principio de legalidad y en ocasiones conceden rebajas desbordadas. Así, concluyó que en su lugar ha de acudir a preacuerdos en que la referencia a normas penales no aplicables al caso, se dé con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo, sin que modifique la calificación jurídica real de la conducta. No obstante, admitió que en este tipo de pactos también podía presentarse, como de hecho ocurre, el que se acuerden rebajas desproporcionadas. Ante esa realidad, mencionó algunas pautas a considerar a fin de evitar ese tipo de concesiones exageradas. Al respecto la Corte concluyó lo siguiente:

“Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios”.(subrayado por el Tribunal)

De la anterior conclusión se infiere, que la Corte enunció algunos criterios a considerar al momento de evaluar el monto de la rebaja que se va a reconocer a través del preacuerdo. En ningún momento dijo que debiera considerarse uno de ellos de manera exclusiva y aislada o que solo fueran susceptibles de ser utilizados los allí mencionados. Se trata entonces de criterios que hacen reglada la facultad de negociación de los fiscales y que

deben ser considerados también por el juez al momento de evaluar el carácter desproporcionado o no de una determinada negociación.

La Corte, posteriormente, en el radicado 51478 del 21 de octubre de 2020, insistió de manera expresa en mencionar los criterios a tener en cuenta al momento de decidir si un beneficio en sede de punibilidad admite la calidad de desproporcionado, citando incluso textualmente el aparte de la sentencia del 24 de junio de 2019. En otros términos, la Corte precisó la existencia de criterios que deben ser valorados en tal dirección, con independencia de la crítica que algunos de ellos puedan admitir por estar relacionados con otros institutos procesales, tal como lo dejó plasmado la aclaración de voto con que cuentan las dos decisiones mencionadas. Es más, en esas aclaraciones de voto se admite la posibilidad de acudir a criterios como **la modalidad y la gravedad de la conducta** ejecutada a fin de escudriñar o definir si una rebaja es desproporcionada o no.

En sentir del Tribunal, el recurso interpretativo de acudir a los criterios enunciados y otros más que pueden ser útiles en la dirección propuesta, se encuentra avalado por el artículo 348 que irradia la función de las partes y en particular del juez de buscar que con los preacuerdos se evite desprestigiar la administración de justicia.

Es cierto que en esta última decisión (51478 del 21 de octubre de 2020), la Corte realizó la siguiente manifestación:

“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 los 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”.

Sin embargo, la referencia no resulta exacta porque parece sugerir que el único criterio al que ha de acudirse a fin de establecer si la rebaja concedida es desproporcionada es el relacionado con la oportunidad procesal en que se acude a la terminación anticipada del

proceso, afirmación que, se insiste, no es exacta, tal como se viene discurriendo. Además, aquella consideración no puede erigirse como *ratio decidendum* de la sentencia, pues en ella se examinó si la negativa de este Tribunal, en particular de esta Sala de decisión, de conceder la suspensión condicional en un asunto en que se acordó una pena de 48 meses por delito de tentativa de homicidio resultaba legal. El asunto relacionado con el monto de la rebaja y su carácter desproporcionado o no, no podía ser objeto de discusión en esa oportunidad por respeto del principio de *Non reformatio in pejus*.

Posteriormente, en otra decisión se tuvo como *ratio decidendum* para improbar el preacuerdo entre la fiscalía y un procesado por el delito de peculado culposo, única y exclusivamente el momento procesal en que se acudió al instituto. En esa decisión insistió la Corte:

“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”⁷.

Sin embargo, la Corte acudió a ese único criterio, dejando de lado otros que habrían permitido, en sentir del Tribunal decidir en sentido contrario. Por ejemplo, que se trató de una delincuencia ejecutada en modalidad culposa, que el acusado reparó los perjuicios ocasionados con su omisión al deber objetivo de cuidado y que el monto de lo perdido en realidad no era considerable (No superó el millón de pesos). En esos términos una rebaja del 45% de la pena a imponer, acordada en sede de la audiencia de formulación de acusación, esto es, apenas presentado el escrito de acusación, en sentir del Tribunal podría, eventualmente, catalogarse como no desproporcionada.

Hasta aquí el estado actual de la discusión propuesto por la Corte.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 58316 del 21 de octubre de 2020.

Al respecto, en sentir del Tribunal, imponer como único criterio para definir el carácter proporcionado o desproporcionado de una rebaja el de la oportunidad procesal en que se acude al instituto, termina por asimilar en sus efectos los allanamientos y los preacuerdos, generando ahora, la desaparición no declarada de estos últimos. No es una exageración, si las rebajas a conceder en los preacuerdos están determinadas, como en el caso de los allanamientos, única y exclusivamente por el momento procesal en que se acude a ellos, hay que concluir que no se advierte diferencia entre unos y otros.

Una tal equiparación desconoce que el legislador quiso ofrecer a las partes dos modalidades de terminación anticipada del proceso por vía de la aceptación de responsabilidad, una de derecho penal premial y otra de derecho penal consensuado, se insiste, perfectamente diferenciables en sus esencias y efectos.

El desbordado uso que de los preacuerdos han venido realizando las partes en el proceso penal, no se soluciona eliminando, sin decirlo, el instituto del ordenamiento legal, a través de una interpretación que lo lleva a su absoluta inaplicación. Eso sería desconocer que la ley otorga las herramientas para corregir esos usos desbordados. Se insiste, el artículo 348 del C. de P.P., cuando se ocupa de las finalidades de los institutos analizados, impone a los funcionarios encargados de su aplicación el deber de observar *las pautas trazadas como política criminal a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.*

Expresado de diferente manera, el juez, al momento de evaluar si un preacuerdo está reconociendo beneficios que pueden ser desproporcionados, debe valerse de todos los criterios que le puedan ser útiles en dirección a adoptar la mejor decisión posible. Así, el momento procesal en que se pone a consideración del juez el preacuerdo, en sentir de la Sala, puede servir como uno, no el único, de los criterios idóneos para tal fin. Así se desprende expresamente de las decisiones de la Corte citadas en aparte previo de este proveído. Entre esos factores están por ejemplo la gravedad de las conductas ejecutadas, los efectos que sobre la libertad de los pasivos de la acción penal puede generar el preacuerdo, la presencia o no de flagrancia en la captura, la existencia de víctimas, la intensidad del daño a ellas ocasionado, la reparación del mismo por parte

del imputado, solo por mencionar algunos de ellos. Todos esos factores confluyen en la posibilidad de calificar un beneficio como desproporcionado y un acuerdo como inaceptable por desprestigiar la administración de justicia o, en sentido contrario, valiéndose de esos criterios podría llegar a concluirse que un acuerdo no es desproporcionado a pesar de reconocer una rebaja superior a la que correspondería según la etapa procesal por la que avanza la actuación.

Se insiste una vez más, la Corte enunció toda una gama de criterios que pueden acompañar al de oportunidad procesal en que se acude al instituto, a fin de evaluar la proporcionalidad del beneficio ofrecido como contraprestación por la aceptación de responsabilidad.

La aplicación con carácter absoluto del criterio a que se viene haciendo referencia, llevaría a la inaplicación de modalidades de acuerdo en que se excluye una agravante, se degrada la participación del acusado en la conducta, o se reconoce una diminuyente de punibilidad, incluso en casos en que esa negociación se realice en los albores del proceso, todo por cuenta de los efectos que en sede de punibilidad generarían algunas de aquellas opciones. Esa no puede ser una interpretación razonable del criterio jurisprudencial examinado.

En sentir del Tribunal no puede interpretarse de manera insular el contenido del artículo 352 del C. de P.P. cuando en su inciso segundo dispone: *Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal* (entre el momento en que se presenta la acusación y aquel en que el acusado es interrogado en juicio sobre su responsabilidad), *la pena imponible se reducirá en una tercera parte*. Esta disposición debe interpretarse de manera sistemática con el contenido del artículo 350 citado en precedencia en el aparte en que explica las modalidades que puede revestir el preacuerdo y con las decisiones de la Corte también ya examinadas. Es más, la Corte ha entendido por años que ese precepto se refiere a los allanamientos no a los preacuerdos.

5. Abordando el segundo de los temas anunciados, esto es, la aplicación o no del concepto de flagrancia y sus efectos a los preacuerdos, inicialmente se debe destacar que en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 57 de la Ley

1453 de 2011 se consagra lo siguiente: “*la persona que incurra en las causales anteriores-flagrancia- sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004*”.

Dicha norma fue demandada y la Corte Constitucional en la Sentencia C-645 de 2012 la declaró condicionalmente exequible “*en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales*”.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia SP-2168-2016 dentro del radicado 45736 expresó:

“Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante la captura en flagrancia de los procesados, se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación⁸, se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibídem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el parágrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

⁸ STP17226-2014, STP3646-2015 y STP10043-2015, radicados 76549, 78742 y 80476.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley indicada “en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”.

En las conclusiones de esa decisión, se consignó:

“La Corte Constitucional entonces declarará exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado”.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

*Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del parágrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. **Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia”.** (Negrilla de la Sala)*

Del caso concreto

6. De acuerdo con los antecedentes procesales, a Fredy Gómez Vásquez le fue imputada por la Fiscalía General de la Nación la autoría responsable de la conducta punible de violencia contra servidor público. El 21 de octubre de 2023 cuando se iba a dar inicio a la audiencia de juicio oral, la Fiscalía anunció haber realizado una negociación con el acusado y su defensa. Ella consistió en que, a cambio de la aceptación de su responsabilidad le degradaría la conducta de autor a cómplice, como ficción y sólo para efectos punitivos, quedando la pena definitiva a imponer en 24 meses de prisión.

El *a quo* tras verificar la aceptación de los cargos por parte del procesado en los términos atrás descritos decidió aprobar el preacuerdo, sin que las partes presentaran oposición alguna, pues en esa oportunidad el delegado del Ministerio Público que hoy apela la sentencia, no estuvo presente, empero, al darse lectura al correspondiente fallo, expresó su inconformidad y reprochó tal postura por ser violatoria del principio de legalidad, pues la rebaja que se otorgó al procesado no tuvo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo del art. 301 del C. de P.P., en tanto éste fue capturado en flagrancia.

7. Así las cosas, la negociación que nos ocupa correspondió, de acuerdo con la precitada sentencia SP2073-2020 del 24 de junio, radicado 52227, a la modalidad consistente en mantener la atribución típica que concierne a los hechos, haciendo referencia a una norma más favorable, con el único propósito de establecer el monto de la pena, de ahí que el procesado aceptó el cargo de autor de un delito de violencia contra servidor público que le fue imputado, a cambio de que se le impusiera la pena como cómplice, es decir, que no fueron modificados los hechos ni la imputación jurídica, sino que se acudió a la modalidad de complicidad únicamente para efectos punitivos.

Más claro como al procesado Fredy Gómez Vásquez le fue imputada la conducta punible descrita en el art. 429 del C.P. que tiene una sanción de 48 a 96 meses de prisión y el inciso tercero del artículo 30 *ibidem* establece que: “*quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad*”, entonces, por virtud del preacuerdo, la pena a imponer podía oscilar entre 24 (mitad de la pena mínima) a 80 (96 menos una sexta parte) meses de prisión y se pactó dejarla en 24 meses de prisión, situación que en atención a las providencias atrás citadas, además de tornar viable el preacuerdo, en

manera alguna desprestigia la administración de justicia y mucho menos debía tener en cuenta el límite de rebaja por haber sido capturado en flagrancia. Diferente sería el escenario si el fallo hubiese estado fincado en un acto unilateral de aceptación de los cargos formulados, al que le sigue la rebaja punitiva, esto es el fijado en el art. 352 del C. de P.P.

Entonces aún con los interrogantes y preocupaciones que surgen del Ministerio Público en su calidad de guarda del ordenamiento procedimental penal como, por ejemplo, el momento procesal en el que se llegó al convenio y la captura en flagrancia del procesado, lo cierto es que el pacto al que en esta oportunidad llegó el Estado- a través de su órgano de persecución penal- y el procesado, se ajusta a los lineamientos permitidos por la ley y la jurisprudencia y no quebranta garantías fundamentales.

Por tanto, bajo las circunstancias descritas, en sentir del Tribunal, no resulta acertado ni razonable calificar el preacuerdo como arbitrario o desproporcionado, la forma de cumplimiento de la pena de alguna manera resulta compatible con la obtención de sus fines de prevención general y especial, pues el mensaje que se lanza a la colectividad y a los condenados es que la ejecución de este tipo de comportamientos es grave, así como graves sus consecuencias, con mayor razón, cuando resulta improcedente la concesión de subrogados penales, como se verá más adelante.

Finalmente, no comparte la Sala, la afirmación que hace el censor de que, en ese asunto no se aprestigia la justicia, cuando la pena de 24 meses resulta coherente con la gravedad de la conducta, pues de tantas posibilidades de ejecución estamos ante que no fue excesiva ya que su obrar se produjo de manera espontánea, además la carencia de antecedentes penales del hoy condenado permite considerar que no cuenta con una personalidad proclive al delito, de ahí que esa sanción, que deberá cumplir de manera efectiva en un establecimiento de reclusión, que dada las condiciones en que se cumplen las penas en nuestro país, aparece más que justificada.

En ese sentido la Sala no acoge los argumentos del Ministerio Público.

De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

8. Ahora bien, la defensa de Gómez Vásquez afirmó que en este evento no era procedente la prohibición del inciso 2º del artículo 68A del C. Penal, pues la Ley 1474 de 2011 buscaba sancionar a quienes atentaran contra la administración pública a través de verdaderos actos de corrupción, circunstancia ajena a este caso y que incluso ha generado que otras Salas Penales de este Tribunal, entre otros, inapliquen dicha prohibición.

No obstante lo anterior, esta Sala ya se ha pronunciado en un asunto similar de la siguiente forma:

En efecto, con el Estatuto Anticorrupción se establecen una serie de medidas administrativas dirigidas a prevenir y combatir la corrupción, entendiendo que la Administración Pública es el ámbito natural para la adopción de medidas en contra de este flagelo. De esa manera en la conducta contenida en el artículo 429 del C. P., denominada “Violencia contra servidor público”, descrita como: “El que ejerza violencia contra servidor público, por razón de sus funciones o para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales...”, el objeto de tutela jurídica no corresponde al patrimonio del Estado ni a la moralidad pública, pues lo que se protege propiamente es el principio de autoridad ejercido por la fuerza pública, sin que su realización -la violencia ejercida contra el servidor público-, constituya per se, un acto de corrupción de aquellos a los que se dirige la Ley 1474 de 2011.

Empero al quedar estipulado en el artículo 68A del C.P., que quedarán excluidos de los beneficios y subrogados penales quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública, se incluyó el tipo penal del artículo 429 de la Ley 599 de 2000, pues éste hace parte del capítulo X del Título XV “delitos contra la administración pública”. En este caso queda claro que, si la intención del legislador hubiese sido la de excluir de la prohibición alguno de los delitos que integran aquellos capítulo y título del código, lo hubiese hecho expresamente. Luego, si no hizo diferenciación alguna, se erige en principio de la interpretación de la ley, que donde su tenor es claro y el legislador no hizo diferenciación, no le corresponde al intérprete hacerla.

En ese sentido la jurisprudencia del Órgano de cierre explicó⁹:

En efecto, desde el auto AP3358-2015, jun. 17, rad. 46031, en posición que ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias de casación SP11235-2015, ago. 26, rad. 45927, y SP4498-2016, abr. 13, rad. 44718; se advirtió que es indiscutible la existencia de la prohibición según la cual la suspensión condicional de la ejecución de la pena no es procedente, como tampoco lo es la prisión domiciliaria, para quienes sean condenados por uno de los delitos relacionados

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 53.966 del 5 de diciembre de 2018.

en el segundo inciso del artículo 68A. Las razones expuestas desde el AP3358-2015 para sostener esa postura, que mantiene su vigencia, fueron:

a. Dicho precepto excluye la concesión de toda clase de beneficios y de subrogados penales, salvo los que deriven de las formas legales de colaboración efectiva, en relación a una serie de conductas punibles, entre las cuales se encuentran las dolosas contra la administración pública, como es la violencia contra servidor público. De esa manera, emerge diáfana la restricción legal a partir del tenor literal.

b. Esa prohibición se refiere a los delitos objeto de la sentencia condenatoria en el proceso actual y no a los que constituyan antecedentes penales, pues en relación a éstos últimos la exclusión ya se encuentra contemplada en el inciso primero del artículo 68A sustantivo, cuando se refiere a condenas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Una interpretación diferente tornaría en repetitivo y, por ende, inútil el segundo párrafo de la norma en cita, por lo que sería el entendimiento menos racional.

c. El artículo 68A original sobre “exclusión de beneficios y subrogados” fue introducido por la Ley 1142 de 2007 y su presupuesto exclusivo era la reincidencia, tal y como lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2008. Luego, la Ley 1474 de 2011 incluyó un criterio restrictor adicional al de la existencia de antecedentes penales: la naturaleza del delito objeto de sanción¹⁰. De esa manera, una serie de conductas ilícitas especialmente desvaloradas fueron definidas por dicho estatuto como excluidas de sustitutos de la pena de prisión y la misma senda siguieron, ampliando el catálogo, las leyes 1453/11 y la 1709/14 –también lo hizo después la 1773/16-.

d. Si bien uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el de que se utilizaran las “penas intramurales como último recurso”; ha de recordarse que el segundo inciso del artículo 68A que excluye esa posibilidad frente a determinados delitos, fue adoptado y desarrollado por estatutos legales que respondían, por el contrario, a la necesidad de fortalecer, entre otros, los mecanismos judiciales de lucha contra determinadas formas de comportamientos criminales (la corrupción en la Ley 1474 y la delincuencia común en la Ley 1453, ambas de 2011).

e. Por último, la interpretación sistemática de los artículos 63 y 68A (párrafo 2º) del C.P. permite colegir, sin dificultad alguna, que las hipótesis en que procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena son las siguientes: a) Que la persona sea condenada a pena inferior a 4 años de prisión, por un delito diferente a los excluidos y no tenga antecedentes; y b) Que la persona sea condenada a igual pena, tiene antecedentes dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos diferentes a los excluidos, y no es necesaria la ejecución de la pena según la valoración que realice el juez”¹¹.

¹⁰ En la exposición de motivos en el Senado se anotó que “A. Se consagra la exclusión de beneficios y subrogados penales en delitos contra la Administración Pública relacionados con corrupción”, sin que tal medida se condicionara a la concurrencia de antecedentes penales, lo cual es explicable si se tiene en cuenta que ya la Ley 1142 de 2007 había regulado el efecto de la reincidencia en los subrogados penales.

¹¹ AP021-2023 del 2 de junio de 2023, radicado 050016000206 2019-05686. MP. Luis Enrique Restrepo Méndez.

Teniendo en cuenta lo anterior, no le asiste razón a la defensa cuando sostiene que el a quo hizo una mala interpretación del artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, porque el acusado está siendo juzgado por un delito contra la administración pública para el cual, por expresa disposición legal no resulta procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, motivo por el que la Sala confirmará la sentencia impugnada.

Por causa de lo expuesto, **la Sala Decimosegunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

Con salvamento de voto
GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7d895c22aaa690956633ae8c665bd295c96c60dddec1adc71a90039c2a3ca09d**

Documento generado en 29/05/2024 01:48:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>