



## SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2022-00657  
Procesado: Rigoberto Amarillo Gaviria  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de  
estupefacientes  
Asunto: Apelación de auto que aprueba  
preacuerdo  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 146

Medellín, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra del auto proferido el 2 de noviembre de 2022, por el Juzgado 10° Penal del Circuito de esta ciudad, en el que impartió aprobación al acuerdo celebrado entre Fiscalía, defensa y procesado para poner fin a la actuación.

### 1. ANTECEDENTES

1.2. El 15 de enero de 2022, ante el Juzgado 17 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, se le imputó a Rigoberto Amarillo Gaviria el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme con el artículo 376 inciso 3° del Código Penal, porque el día anterior, es decir, el 14 de enero de 2022, siendo las 11:30 de la mañana, en la calle 94 #39-59, barrio Manrique La Salle de la

ciudad de Medellín, fue capturado en flagrancia al haber sido sorprendido llevando consigo, sin permiso de autoridad competente, sustancia estupefaciente en cantidad superior a la permitida por el legislador, esto es, seis bolsas herméticas con una franja roja contentivas de sustancia vegetal que, según la prueba de PIPH, arrojó positiva para cannabis o marihuana y sus derivados con un peso neto de 2.500 gramos, esto es, 5 libras. El imputado no se allanó a los cargos formulados, mientras que la Fiscalía declinó de solicitar medida de aseguramiento, por lo que se dispuso la libertad del imputado.

1.2. El 18 de marzo del año en curso, ante el Juzgado 10° Penal del Circuito, se formuló acusación a Rigoberto Amarillo Gaviria, diligencia en la que la fiscal delegada narró los hechos de la siguiente forma:

“Sobre las 11:20 horas del 14 de enero de 2022, se encontraban realizando patrullaje de rigor y registro los agentes de la Policía Nacional por la carrera 40 con calle 93. Ese 14 de enero a las 11:20 horas, se encontraban Eyden Maicol Acosta y Jonathan Castro Acevedo haciendo trabajo de patrullaje y rigor por el barrio Manrique en la carrera 40 con calle 93, observan pues a un ciudadano que le piden un registro y él se desplaza exactamente a pie, lleva sobre el hombro derecho una bolsa de basura plástica color negro y al observar la presencia policial emprende la huida, ingresando a la cacharrería ubicada en la calle 94 #39-53 del barrio Manrique. Le dieron alcance en este sitio y se le practica registro personal, y dentro de la bolsa, estando dentro de la cacharrería, le encuentran seis bolsas herméticas con franja roja, cada una contiene en su interior sustancia vegetal prensada color verde que por su olor y características se asemeja a la marihuana. Se deja constancia que en el lugar de la captura no se observan cámaras de seguridad, pero que el sector es reconocido por la venta y el consumo de

estupefacientes y desconocen si en ese lugar operan grupos delincuenciales, y que es la primera vez que capturan a la persona. La sustancia fue pesada y arrojó un peso neto de 2500 gramos de cannabis; le preguntan por su nombre y dice llamarse Rigoberto Amarillo Gaviria, por tal razón fue privado de la libertad y llevado a la URI Centro.”

Fue así como se acusó a Rigoberto Amarillo Gaviria a título de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, consagrado en el artículo 376 inciso 3° del Código Penal, que acarrea una pena privativa de la libertad de 96 a 144 meses de prisión y multa de 124 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

1.3. El 16 de septiembre de 2022, se disponía el juzgado de primera instancia a instalar la audiencia preparatoria, pero se varió el objeto de la diligencia para presentar un preacuerdo entre las partes, consistente en que el procesado acepta los cargos que le fueron formulados en la acusación y a cambio la Fiscalía varía la calidad de autor a cómplice, no porque sea cómplice, sino que se le reconoce la figura de la complicidad para efectos de rebaja punitiva solamente, por lo que continuará siendo autor de la conducta. Indicó la Fiscalía que, debido a la etapa procesal en que se encuentra la actuación al haberse pasado de la acusación, la rebaja de la pena sería de una tercera parte y quedaría en 64 meses de prisión y 83 SMLMV la multa.

Ante el requerimiento efectuado por el defensor en el sentido de que esa no era la pena pactada, la fiscal indicó que, en efecto, debía variarse toda vez que el defensor le hizo caer

en cuenta que el señor Rigoberto Amarillo no estuvo presente en la audiencia de acusación al no estar enterado de la misma y que desde siempre estaba interesado en hacer preacuerdo, por lo que procede a efectuar la variación pactando una pena de 48 meses de prisión y 64 SMLMV.

La defensa manifestó que el preacuerdo presentado por la Fiscalía se hizo en los términos pactados.

El juez de conocimiento verificó que el procesado entendió la negociación efectuada, fue debidamente asesorado por su defensor y aceptó los cargos de manera libre, consciente y voluntaria.

Debido a que la audiencia fue suspendida, se reanudó la misma el día 2 de noviembre de 2022, en la cual el delegado del Ministerio Público se opuso a la negociación al entender que se vulnera el principio de legalidad al ofrecerse una rebaja de pena muy superior a la que establece el legislador respecto a la gradualidad de la pena, pues cuando se trata de casos en los que hay flagrancia y se está en un momento avanzado de la actuación, la Fiscalía y la defensa tienen marcos en los que deben moverse para establecer el quantum de la rebaja de la pena.

El defensor solicitó se impartiera aprobación al preacuerdo, advirtiendo que este no vulnera el principio de legalidad, pues bajo la modalidad en que se hizo no aplican los límites de rebaja de pena por proporción de que trata el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal o el artículo

301 ídem para los casos de flagrancia. Lo anterior atendiendo a que en este evento se está reconociendo la complicidad para efectos punitivos, para la que se fijan rebajas de pena muy diferentes. Advierte que su defendido no estuvo presente en la audiencia de formulación de acusación porque no hubo forma de lograr su ubicación y en dicha diligencia solicitó el aplazamiento por cuanto se requería asesorar al imputado para presentar un posible acuerdo, pues había manifestado que esa era su voluntad; sin embargo, afirma que el juez concluyó que no era necesario el aplazamiento porque de una u otra forma, conforme al artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, más adelante se podría hacer el acuerdo.

## 2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

En la misma audiencia el juez procedió a impartir aprobación al acuerdo por estimar que se cumplieron con los presupuestos para ello, incluyendo el mínimo probatorio para soportar la condena y la voluntad del procesado de aceptarlo en los términos pactados, además que respeta los principios de legalidad y de proporcionalidad.

Advirtió que el principio de legalidad no se viola solo porque se desconozcan garantías de las partes o del mismo Estado como tal y de sus intereses, sino, también, cuando se desconozca una norma que establece unos límites y estos son sobrepasados; sin embargo, aclaró que este tipo de casos no se resuelve a partir del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad.

Señaló que el allanamiento a cargos y el preacuerdo son figuras completamente distintas, el primero solo contempla una rebaja en el porcentaje del monto de la pena, mientras que el segundo consagra dos formas de rebaja: un porcentaje en el monto de la pena o una figura o instituto jurídico que rebaja la pena. Con relación al primer inciso del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, indicó que hace alusión exclusivamente al allanamiento a cargos, por lo que extenderlo a los beneficios pactados en el preacuerdo, especialmente cuando no se trata de rebaja en el monto de la pena, sino de una figura o instituto punitivo que la rebaje, se trataría de una interpretación extensiva o por analogía *in malam partem* que está prohibida en nuestro ordenamiento, conforme con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Penal, que dispone que la analogía solo se aplicará en materias permisivas.

Refirió que, por su lado, el artículo 352 ídem se titula preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, es decir, que se refiere expresamente a preacuerdos en el que su inciso primero permite pactos sobre los términos del artículo 351 y este último, en el inciso segundo, que es el que se refiere a preacuerdos, dice que se puede pactar sobre los hechos y sus consecuencias, mientras que en el inciso final del artículo 352 se refiere exclusivamente a un porcentaje de rebaja en el monto de la pena. Entonces, para el juez es claro que el artículo 352 solo regula el preacuerdo y no el allanamiento a cargos y, por ende, no puede aplicársele válidamente las reglas del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, advierte que, aun aceptando una interpretación finalista del inciso final del

citado artículo 352, podría indicar que, sea cualquiera la clase de beneficio que se conceda, este no puede superar el tope de la tercera parte y si se analiza con el parágrafo del artículo 301, entonces se aplicaría la rebaja de la cuarta parte a esa tercera parte porque solo así se protege el principio de gradualidad que está regulado en la ley.

En su sentir, también sería innegable entender que una interpretación literal, integral, sistemática y armónica, igualmente exige concluir que esta norma consagra las dos formas o modalidades de beneficio que trae la Ley 906 de 2004 para los preacuerdos en cuanto se rebaja un porcentaje de pena o se admite la concesión de una figura o instituto punitivo que la rebaje como la complicidad, ira e intenso dolor, entre otras, y, por ende, el inciso primero hace relación exclusiva con estas figuras, mientras que el inciso final alude a rebajas en un porcentaje del monto la pena, y si esto es así entonces el inciso final solo aplica para este tipo de rebaja del porcentaje en el monto de la pena, no para el beneficio que consiste en la concesión de uno de tales institutos.

Entiende que asegurar que no se puede admitir que el mencionado artículo 352 regula ambas formas o clases de beneficio porque ello desconoce la finalidad de que los beneficios tengan una gradualidad y que ya para este momento se aplicaría el inciso final, sería una interpretación tan válida como afirmar que ese inciso final no se puede interpretar aisladamente debiendo ser interpretado en conjunto para contextualizarlo. Entonces, juzga que, si ambas interpretaciones son válidas y son razonables, en aplicación

del principio *pro homine* debe acogerse la que más favorezca los intereses del procesado, porque así lo establece este principio que es de consagración internacional y que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Estima que argumentar que al conceder una figura pero solo en su pena es una forma de rebaja y por tal debe ceñirse al tope fijado en el inciso final del artículo 352, se trata de una postura que podría no ser válida y menos suficiente para rebatir la tesis contraria, porque en realidad jurídicamente no son asimilables ya que es obvio que, aun así no se esté haciendo uso de un porcentaje de rebaja, sino de una figura que la rebaja, permite la posibilidad de que no se pacte la pena ni el monto de su rebaja y solo que sea dosificada por el juez con base en esos rangos punitivos.

Advirtió que la interpretación que acoge no desconocería la sentencia SU-479 porque en todos los casos debe haber una base factual mínima para que se pueda conceder la figura jurídica y así lo estableció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP 2073 del 24 de junio de 2020, en la que interpretó esa sentencia de unificación y concluyó que pactando ese reconocimiento solo para efectos punitivos no se desconocían los hechos jurídicamente relevantes del proceso que es la base sobre la cual giró la ratio decidendi de esa sentencia de unificación y por ello consideró la corporación que en este tipo de beneficios el principal regulador era el principio de proporcionalidad. Es así como, indicó que el autor es condenado como tal y no como cómplice y no se declara probado que el procesado actuó

bajo la circunstancia de menor punibilidad sin base fáctica; además que la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condene en calidad de autor pero se le asigna la pena del cómplice para continuar con el mismo eje; así mismo, que el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja y que las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales. Para complementar lo anterior citó el auto 025-2022 del 06 de septiembre de 2022, radicado 050016000203202200118, proferido por este Tribunal con ponencia del Magistrado Dr. Luis Enrique Restrepo Méndez y la sentencia de tutela 1583 del 09 de febrero de 2017, radicado 90162, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Entonces, al considerar que no se violenta el principio de legalidad porque igualmente se pactó una pena que respeta la que correspondería al cómplice y que lo pactado está salvado por el principio de legalidad en cuanto al beneficio que se concede y a la pena que pacta, procedió a analizar la proporcionalidad de la misma encontrando que se ha pactado este preacuerdo antes incluso de la audiencia preparatoria, lo que aun así implica un buen ahorro en costos y tiempos para el Estado, lo que resulta importante de acuerdo a la razón de ser de esta figura de terminación anticipada del proceso. Tuvo en cuenta que la conducta que realizó el acusado no tiene una gravedad superior a la que conlleva este delito en el que se le incautó gran cantidad de estupefaciente y por ello es que la

pena que trae el tipo penal es superior, dada esa gran cantidad; además que se trata de un delito que no permite sustitutos punitivos, lo que hace que el cumplimiento efectivo de una pena de prisión en esas condiciones sea más severa y acompañaría en mayor medida la gravedad de la conducta, aunado al hacinamiento en las cárceles.

Por tanto, juzgó que en este evento también el principio de proporcionalidad está respetado en lo que tiene que ver con el beneficio que se concede y la pena que surge de ese beneficio y como parte de ello se aportaron elementos de convicción que en verdad comprometen la responsabilidad penal del procesado, motivo por el cual le impartió aprobación al preacuerdo, advirtiéndole que se condenaría al señor Rigoberto Amarillo Gaviria por el delito de tráfico de estupefacientes, artículo 376 inciso tercero del Código Penal, a una pena de prisión de 48 meses y multa de 64 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en calidad de autor y según lo acordado por las partes procesales.

### 3. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

3.1. El delegado del Ministerio Público recurrió la decisión de primer grado argumentando que nadie discute que, desde el punto de vista material, los acuerdos y la aceptación unilateral de cargos son figuras distintas, en tanto las primeras provienen de la voluntad de las partes de dar por terminado el proceso de manera anticipada, mientras que la segunda es una decisión unilateral del procesado; pero que

tampoco se sometería a discusión que, desde el punto de vista normativo, según la jurisprudencia que actualmente rige, son asimilables en cuanto a sus consecuencias, al punto que incluso hoy no se discute que la rebaja de pena en el allanamiento a cargos cuando la persona obtiene incremento fruto del delito sea una exigencia normativa. En su sentir, la diferenciación que hace el juez no es otra cosa que un argumento para sostener una tesis que cree equivocada, es decir, que no hay que diferenciar los allanamientos de los acuerdos para saber si una rebaja de pena puede aplicarse o no.

Refiere que, con anterioridad a la emisión de la sentencia SU-479, tratándose de un acuerdo la Corte Suprema de Justicia había indicado que este puede recaer sobre un monto de pena o sobre la aplicación de un instituto jurídico y que si se estaba en un acuerdo en el que solo se concedía una rebaja de pena, habría que aplicar ese criterio de gradualidad que establece el artículo 352, esto es, el momento procesal en que se realizaba el acuerdo con la finalidad de comparar la pena que se estaba pactando con la pena permitida por el legislador y eso permitiría saber si se estaba o no desbordando el límite.

Sin embargo, advierte, con la sentencia SU-479 se prohibió este tipo de negociación porque a una persona que se le reconoce la complicidad, estado de ira e intenso dolor o marginalidad, sin base fáctica, se estarían mutando los hechos y con ello se habrían acabado los preacuerdos, puesto que, si debe estar probado el instituto jurídico para negociar, ello es equivocado porque no habría discusión sobre su

configuración; en cambio, si se va a discutir ese tema, se van a anteponer premisas fácticas de una u otra parte y esa discusión es la que permitiría la negociación sobre los aspectos, cuando lo cierto es que si está probado no hay que negociarlo y simplemente se reconoce, pues sería un fraude al procesado.

Señala que en este evento no se está ante una degradación pues, de lo contrario, debió improbarse el acuerdo por cuanto se modificarían los hechos; en su sentir se está acudiendo de una manera muy inteligente pero también muy artificiosa, a un concepto que se ha venido en llamar una ficción, la que consiste en llamar una cosa por un nombre que no tiene y que no es y que jurídicamente no podría reconocerse, puesto que ningún juez podría condenar a una persona como cómplice siendo autor solo porque las partes deciden hacerlo, en tanto se estaría afectando la verdad del proceso. Por tanto, estima que el juez incurre en error al interpretar el artículo 352 en cuanto a que, cuando se aplican institutos jurídicos o se hacen degradaciones, no aplica el límite de la rebaja, introduciendo un elemento adicional en tanto ya no se está pactando sobre un instituto jurídico sino porque se está fingiendo que se pacta sobre el mismo, lo que constituye un desconocimiento de la ley. Considera que en este caso se está pactando únicamente una rebaja de pena que debe estar gobernada por las limitaciones, no solo la que establece el artículo 301, sino lo que establece el artículo 352.

Sostiene que no es cierto que lo que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referida por el juez

sea lo que aplica en este momento porque, si se repara, se está haciendo justo en el momento en el que la Corte definía que el artículo 352 tenía dos formas de interpretarse dependiendo de qué era lo que se estaba negociando y en eso nunca hubo discusión, de si se estaba negociando una rebaja en un monto determinado habría que mirar el momento, pero si lo que se negociaba es el reconocimiento de un instituto jurídico no había que tener en cuenta el momento procesal para hacer la rebaja, cambiando el criterio, aproximadamente desde el año 2017, en el sentido de que acuerdos y allanamientos pertenecen a un mismo instituto.

Alega que no se está pidiendo que se aplique en mala parte o que se haga una analogía prohibida del artículo 301, sino que esa es la función de la Procuraduría y se está lejos de introducir interpretaciones que afecten garantías procesales. Agrega que la disminución de una cuarta parte del beneficio punitivo consagrado debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible, pese a ser sorprendido en flagrancia, allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía, siendo un error conceptual del juez pretender que esa rebaja solo está ligada allanamientos.

Advierte que no está pidiendo que se haga aplicación extensiva de una norma, sino que se haga aplicación de la norma tal cual fue condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-645 de 2012 y salirse de ese condicionamiento violentaría la cosa juzgada constitucional y el principio de legalidad. Por tanto, pide que se revoque la decisión apelada.

3.2. La delegada de la Fiscalía, como no recurrente, manifiesta que no comparte el criterio esbozado por el procurador, pues aunque considera muy bien fundamentado su recurso, estima que el juez de primer grado decidió de acuerdo a lo específicamente establecido en este proceso, atendiendo a la parte legal, a la parte procesal y a la parte fáctica, lo cual fue analizado con profundidad, teniendo en cuenta las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y las decisiones de este tribunal, además del análisis de los artículos 301, 350, 351 y 352. Por tanto, solicita se confirme la decisión.

3.3. El defensor del señor Rigoberto Amarillo Gaviria, como no recurrente, solicita sea confirmada la decisión de aprobar el preacuerdo, al considerar que está basada en la norma. Estima que la inconformidad de la Procuraduría radica en que a partir de la sentencia SU-479 se debe tener un soporte fáctico para hacer preacuerdos y que el instituto jurídico de la complicidad no existe porque solamente es una ficción y por eso es que se condena como autor. Alega que, si se aceptara esa postura que ni siquiera la misma Corte Suprema de Justicia lo hace, pues sencillamente ya no habría más preacuerdos y no sería una justicia premial, sino que habría que traer elementos de convicción para poder mínimamente hacer un preacuerdo.

Afirma que la Corte no desapareció la complicidad para rebajas, sino que permite crear una ficción jurídica para reconocer la rebaja por complicidad o por otra figura jurídica,

pero en el entendido de que efectivamente se tiene que responder como autor para la concesión de beneficios a personas que hayan cometido delitos muy graves y la rebaja sea amplia. Sostiene que es en el principio de proporcionalidad, más allá del de legalidad, en el que se debe profundizar.

Se queja por cuanto con la decisión de Los Nule, que tacha de nefasta, empezaron a entender algunos que el allanamiento a cargos y los preacuerdos son lo mismo, cuando estos son diferentes; no obstante, manifiesta que para hablar de la discusión que trae el procurador frente al artículo 301, las rebajas cuando se trata de captura en flagrancia son aplicables para rebajas en proporción, lo cual se aplica de forma diferente cuando se acude a los preacuerdos con otra figura jurídica como la complicidad.

#### 4. CONSIDERACIONES

Cuestiona el Ministerio Público la legalidad de lo acordado en tanto se superan los límites de la compensación por la aceptación de responsabilidad de los justiciables en la justicia consensual para los casos de flagrancia, conforme con la regulación que establece el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 y los condicionamientos que hizo la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional.

La resolución de esta interesante cuestión, de la que no encontramos desarrollos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal, exige varias precisiones que torna

conveniente desdoblar el tema del recurso en dos problemas jurídicos. Así: (i) ¿en este caso se desconoce la fuerza de la cosa juzgada constitucional que establece restricciones en el quantum del beneficio para los casos de flagrancia en cuanto a los preacuerdos en los que el referente es la mera reducción de pena? Y en su defecto, (ii) ¿si el asunto no lo cobija la cosa juzgada, de todos modos, lo procedente conforme al derecho es aplicar los límites antes dicho?

Mediante la sentencia C-645 de 2012, la Corte Constitucional determinó en su parte resolutive:

“Declarar EXEQUIBLE el párrafo 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 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.”

Dada la fuerza vinculante *erga omnes* de lo resuelto, no hay duda de que no es constitucionalmente admisible argüir que las restricciones en la compensación que impuso el artículo 301 de la Ley 906 de 2004 no abarcan al artículo 352 sino solo al 351 de la misma codificación, puesto que la Corte Constitucional expresamente lo extendió para “todas las oportunidades procesales”, lo cual, si bien permitió en su momento unificar las disímiles interpretaciones que la norma tenía, en la práctica impactó la efectividad del sistema de

justicia consensual al desestimular notoriamente su utilización.

Igualmente, el condicionante citado descarta que pueda aseverarse válidamente que la baja compensación que ofrece el artículo 301 de la Ley 906 de 2004 solo aplica para el allanamiento a cargos, pues expresamente se refiere también a la suscripción de acuerdos; no obstante, debe precisarse que la restricción se concibió no para los casos en que se variara la calificación de la conducta de un modo más favorable al procesado, sino cuando el referente era la mera rebaja de pena.

Dicho esto, conviene remarcar que para el momento en que se expidió la sentencia C-645 de 2012 solo se concebían dos formas de preacordar, esto es, variando la calificación jurídica para todos los efectos, o acordar una pena dentro de una escala posible de rebaja previamente establecida de hasta la mitad de la pena en la acusación, hasta la tercera parte en la audiencia preparatoria o de una sexta parte antes de empezar el juicio.

En efecto, históricamente el surgimiento de otras formas de consensuar puede explicarse como recurso pragmático ante las restricciones impuestas a las compensaciones en casos de flagrancia por allanamientos a cargos o por preacuerdos que versan sobre la pena acorde al momento procesal, ante las oscilaciones y tensiones propias de un problema básicamente complejo como es hacer coexistir el principio de legalidad, tan caro en un Estado de derecho, con

la potestad de conceder compensaciones variables en la pena, que sustentan cierto grado de discrecionalidad y disponibilidad sobre ella.

Dado que el camino por el que se siguió, esto es, vedar el control judicial material y dejar de lado los condicionamientos de la sentencia C-1260 de 2005, significó darle entera libertad a la Fiscalía para pactar como quisiera en los preacuerdos y a fe que dicha potestad se tomó con desmesura, de modo que se generaron resultados inadmisibles, al proliferar o hacerse notorio algunos acuerdos que desprestigiaban a la administración de justicia al desafiar la racionalidad jurídica, pues se situaban en lo absurdo y eran notoriamente injustos.

No resulta aventurado aseverar que, ante esta situación en la que la Fiscalía parecía actuar sin ley ni Dios, la Corte Constitucional se vio precisada a proferir la sentencia de unificación SU-479, cuya *ratio decidendi* creemos se puede reconducir a la vigencia del principio de la proscripción de lo arbitrario en un Estado de derecho, según el cual ni aún ante la ausencia de regulación explícita puede un funcionario estatal actuar a su capricho, sino con discrecionalidad, es decir, siguiendo los principios jurídicos o al derecho que implícitamente pueda ser reconstruido con base en las finalidades y la regulación sistemática del instituto jurídico del que se trate y, en último término, del marco constitucional y los principios del derecho.

Entonces, la Corte Constitucional en la SU-479 de 2019 reafirmó la vigencia del principio de legalidad en materia de

preacuerdos y allanamientos que había definido desde el inicio del sistema la sentencia C-1260 de 2005 y definió que: “ (i) la tipificación preacordada no puede carecer de relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación y, además, (ii) el preacuerdo debe respaldar los hechos jurídicamente relevantes por los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan.”

Naturalmente que la SU-479 mencionada no solo debe ser objeto de matizaciones porque la encargada de unificar la jurisprudencia penal es la Sala de Casación Penal, sino también por cuanto no puede ser leída textualmente a rajatabla como que la compensación que se otorga deba estar probada, caso en el cual su reconocimiento no constituiría una retribución por la aceptación de cargos sino un derecho.

Por supuesto que velar por la integridad de la Constitución Política y definir el alcance de los derechos fundamentales está a cargo de la Corte Constitucional, pero la determinación del alcance y sentido de los institutos jurídicos penales, dentro de ese marco, le corresponde a nuestro máximo organismo de la jurisdicción ordinaria penal.

Ahora bien, ante esta situación, fue precisamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, que con la expedición de la sentencia con radicado 52.227 de 2020<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> “Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo

aunque considera los postulados de la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, precisa que en la práctica jurídica los preacuerdos suelen presentarse de dos modos que podrían someterse a controles distintos.

Así, una de las modalidades es la tipificación de la conducta con la degradación plena de su calificación jurídica en las diversas modalidades posibles que comprende, caso en el cual esta variación plena no se debería admitir sin base fáctica atendible, estándar que debe advertirse es diferente a que esté demostrada, pues de ser así debería ser reconocida oficiosamente por la Fiscalía con base en el principio de legalidad y no como compensación consensual, como habíamos anticipado.

Por supuesto que el control judicial de la materialidad de su viabilidad consistirá en determinar que se presente una base fáctica que, si bien no demuestra por fuera de toda duda la nueva calificación jurídica degradada, sí la establece o indica como probable, por lo cual es menester valorar los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida para establecer si se cumple con el rasero señalado.

---

*constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (que en los casos analizados en la sentencia SU479 de 2019 ascendió al 83%), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia. Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU-479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.*

*(...) En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal. Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado”*

En esta modalidad de preacuerdo, la responsabilidad se acepta sobre el delito degradado, de modo que se desvanece la posibilidad de que perviva cualquier efecto del delito inicialmente atribuido. En efecto, en estos casos la calificación jurídica primigenia que se varía realmente no quedaría probada en tanto con la terminación anticipada se pretende prescindir del juicio y el delito consensuado es el degradado; de modo que en la sentencia la responsabilidad se declara sobre el delito aceptado que, con el acompañamiento del mínimo probatorio de la tipicidad y antijuridicidad, permite fijar la condena.

Desde luego, en estos eventos la variación de la calificación jurídica tiene plenos efectos y repercute, para bien o para mal, en la regulación de la concesión de subrogados y sustitutos penales. Entonces, por ejemplo, para establecer la procedencia de la prisión domiciliaria se tomará el mínimo establecido en la ley para el delito consensuado.

La otra modalidad, validada por su reconocimiento judicial de la máxima instancia, consiste en que realmente no se degrada la conducta atribuida ni su responsabilidad, sino la pena que se fija con base en una tipificación que en la práctica se suele denominar ficción. Desde luego que en esta modalidad no cabe exigir soporte probatorio alguno, pues se presupone que no existe la base fáctica para hacerlo.

En consecuencia, el control judicial que del mismo cabe hacer para que materialmente no se afecte el prestigio de la

administración de justicia y para que rijan los postulados constitucionales de la adscripción del instituto de las negociaciones a la legalidad, esto es, para que corresponda a la órbita de discrecionalidad de la Fiscalía, mas no a su arbitrariedad, se ha radicado por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la elaboración de un juicio de proporcionalidad<sup>2</sup> entre los cargos imputados y la compensación punitiva que se concede, como si el justiciable hubiera actuado en una situación menos gravosa, acudiendo al criterio del momento procesal en el que se hace.

Concordante con lo expuesto, en estos eventos el procesado debe aceptar la responsabilidad sobre el delito imputado o acusado sin considerar la nueva calificación jurídica más favorable, cuyos efectos se reducen exclusivamente a la tasación de la pena, es decir, al cálculo de la compensación otorgada por el preacuerdo que se hace con base en una diferente calificación jurídica de la conducta atribuida; de modo que así se conserva la exigencia del numeral 5° la sentencia C-1260 de 2005, que a la letra dispuso:

“Quinto. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, contenida en el numeral 2 del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación

---

<sup>2</sup> . Esta misma Sala ha agregado motivos de razonabilidad para otorgar una mayor compensación por el preacuerdo como ocurre cuando pudiendo hacerse la variación de la calificación jurídica con base fáctica se dice hacer como ficción (*Auto del 24 de junio de 2021 dentro del radicado 05-00-160-00-206-2020-12548*) o cuando la generosa compensación responde a las dificultades probatorias de la Fiscalía que objetivamente se perciben en la actuación, (*Auto del 19 de mayo de 2021 dentro del radicado 05-001-60-00-206-2020-19532.*)

jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.”

En lo que importa para esta decisión, cabe precisar que la última modalidad señalada no la consideró la Corte Constitucional en la sentencia de unificación mencionada; pero, lo viene desarrollando la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y no queda difícil descubrir que lo hace procurando efectos pragmáticos para no acentuar la ineffectividad del sistema de juzgamiento penal.

Naturalmente que este último factor presiona la configuración conceptual del sistema de juzgamiento penal pues el derecho funciona como un medio de control social y carece de sentido que la perfección de un razonamiento jurídico sea abstractamente evaluado sin referencia a las consecuencias de su aplicación, con mayor razón cuando desde el inicio de implantación del sistema acusatorio en nuestro país, que no obedeció a una evolución del sistema propio de juzgamiento ni responde a la cultura social vigente, se concibió que no todos los casos podrían finiquitarse en juicio contencioso, bajo el riesgo que de no obrarse así colapse el sistema o deba ampliarse los recursos humanos y logísticos de la investigación y juzgamiento en una dimensión que económicamente sería insostenible.

Por supuesto que otra conclusión que se deriva de lo dicho es que no puede aceptarse la premisa de la argumentación del recurrente en el sentido de que en nuestro sistema de juzgamiento solo hay acuerdos con base fáctica.

Entonces, juzga la Sala que en nuestro sistema de juzgamiento penal en cuanto a los preacuerdos se pueden presentar válidamente tres tipos de preacuerdos, a saber: (i) preacuerdo con base exclusivamente en el descuento de pena prevista para el allanamiento de cargos establecidos en el artículo 352 y siguientes de la Ley 906 de 2004, en lo que en modo alguno se hace alusión a cualquier mutación de la calificación jurídica; (ii) preacuerdo con variación de la calificación jurídica de la conducta inicialmente atribuida de un modo más favorable al procesado como único beneficio y (iii) preacuerdo sin variación de la calificación jurídica pero con utilización de otra calificación jurídica únicamente para otorgar la compensación punitiva.

Establecidas las anteriores premisas es de concluir que la cuestión planteada por el Ministerio Público no se resuelve acatando lo dispuesto en la sentencia C-645 de 2012, la Corte Constitucional y aplicando el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, puesto que de un lado en la misma no hay ninguna consideración sobre la modalidad de preacuerdo utilizada en este caso y porque en ella se dispuso que no puede haber preacuerdo que varíe la calificación jurídica de modo favorable sin algún soporte fáctico; lo que aquí no se está haciendo.

Entonces, al no operar en la resolución del caso la cosa juzgada constitucional pasamos a examinar si el derecho impone que también en la última modalidad de preacuerdo, esto es, en la que no se varía la calificación jurídica sino en el

que se adopta otro referente para la fijación de la pena que constituye una conducta punible o la participación en ella con menor represión.

Para despejar la cuestión, empezamos sentando la premisa de que no todo preacuerdo está sometido a las restricciones del párrafo del artículo 301 mencionado, por cuanto, como a simple vista se percibe, opera sin discusión cuando se asume la primera modalidad, esto es, cuando el referente es el monto posible del descuento según la fase procesal en que se encuentre la actuación procesal; pero no ocurre lo mismo cuando se varía de modo favorable la tipificación con base fáctica, puesto que figuras que pueden reconocerse como la circunstancia de marginalidad que establece el artículo 56 del Código Penal, o en los eventos de reconocimiento de un exceso en la legítima defensa, el descuento que podría darse es incluso mayor que del 50% que es contemplado como máximo para la aceptación de cargos, el que se reduce notoriamente en los casos de flagrancia.

En cuanto a la tercera modalidad, se tiene que ante la ausencia de definiciones legislativas o judiciales que prevalezcan al respecto, deberá asimilarse a una u otra, lo que para el apelante resultaría fácil por cuanto entiende que esta modalidad realmente es una engañifa, en tanto se llaman las cosas por el nombre de lo que no son, y realmente es un escueto descuento de pena y de ahí que quede sometido a las limitaciones del párrafo del aludido artículo 301.

Tiene algo de razón el apelante, en tanto el acuerdo ciertamente no se centra en la variación de la calificación jurídica atribuida sino en la rebaja de pena, pero deja de tenerla cuando ignora que de todos modos se acude a un referente de la tipificación de la conducta, la que no puede ser arbitraria, pues como ya vimos debe guardar la relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación; de modo que ni siquiera como ficción podría reprimirse un hurto con la pena de unas lesiones personales, exclusivamente con base en que así lo dispone el acuerdo.

Esta acotación obliga a precisar que la tercera modalidad señalada tiene algo de común con la primera y a la vez con la segunda, la primera porque el descuento es en la pena pero no toma como referentes los descuentos posibles según la fase procesal, sino una calificación jurídica de menos consecuencias gravosas; mientras se aproxima a la segunda en tanto se acude a otra calificación jurídica para imponer la pena; pero se distancia en cuenta a que esa calificación no se hace regir, pues se considera que la variación solo es para la pena y no para la conducta punible, que es lo que algunos llaman ficción.

Si bien es cierto que antes, cuando no se exigía base fáctica, esta modalidad de preacuerdo estaba avalada porque quien podría conceder lo más podría también otorgar lo menos, es decir, si se podía variar la tipificación favorable de la conducta para todos los efectos, también podía hacerse solo para fines punitivos, lo cierto es que esta razón desaparece

para los casos en que no se cuente con cierta base fáctica que la soporte.

En este contexto cabe preguntarse: ¿cómo puede entonces justificarse la introducción de esta tercera modalidad por fuera de la regulación legal y únicamente basado en el criterio de autoridad de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria?

Aunque la Sala pretende evitar ingresar en polémicas innecesarias en la resolución de este espinoso asunto, conviene caracterizar con precisión la naturaleza del allanamiento a cargos y los acuerdos, en los que se discute si son iguales o asimilables.

Pues bien, lo primero a tener en cuenta es que los juicios de igualdad o similitud son relativos, es decir, se es igual en relación con ciertos aspectos y no necesariamente frente a todos, pues no se trata de dos instituciones idénticas así participen de la misma naturaleza. Veamos:

Tanto el allanamiento como los preacuerdos hacen parte de la justicia premial o consensual y constituyen conceptualmente acuerdos que se obtienen de diferente manera. Aunque en apariencia el allanamiento es una manifestación unilateral de voluntad del procesado de aceptar cargos, lo cierto es que el ofrecimiento de la Fiscalía, obligada por ley a hacerlo, esto es, de que se pueden aceptar cargos en el proceso que se trate, constituye una oferta y su aceptación conforma un acuerdo, al modo que se acepta una oferta en el

derecho privado sin posibilidad de discusión, como los contratos por adhesión.

En cambio, el consenso que conforma el preacuerdo puede ser fruto de la negociación entre las partes; pero más allá de esta característica lo que importa remarcar para la decisión es que no puede existir un preacuerdo sin la voluntad del fiscal de hacerlo, mientras que los allanamientos pueden realizarse, así la Fiscalía no lo quiera si la ley lo permite.

De lo último acotado se desprende que inexorablemente debe mediar interés del fiscal para poder terminar por la vía del preacuerdo el proceso, lo que no necesariamente ocurre en el allanamiento a cargos, de modo que puede reputarse institucionalmente que cuando un delegado de la Fiscalía acude a preacordar, está pretendiendo asegurar resultados ante la incertidumbre del litigio, o aún en casos cuya prueba ofrezca debilidad.

Entonces, aquí se encuentra un factor que permite justificar objetivamente un mayor descuento en la compensación punitiva por la aceptación del preacuerdo que el que se otorgaría en los casos de allanamiento y con mayor razón para los casos de flagrancia, en el que es de reconocer que el nimio descuento no estimula en modo alguno las terminaciones anticipadas del proceso.

Por consiguiente, las eventuales razones conceptuales que obligarían a que se le diera a la tercera modalidad de preacuerdo las mismas limitaciones de la primera, perderían

fuerza si la tuvieran, por razones pragmáticas en tanto conducen al efecto indeseable de generar más riesgos de la ineffectividad del sistema de juzgamiento penal.

En esta alternativa, la Sala optará por asimilar la modalidad aquí empleada con la segunda, en tanto tienen como referente una atribución distinta para calcular la pena, lo que se sustenta en el mayor interés institucional de la Fiscalía en concluir los procesos con algún éxito asegurado, siempre que no signifique una concesión arbitraria, sino discrecional y fundada.

En consecuencia, como el interés del fiscal en terminar así los procesos no depende de si existe flagrancia o no, sino de evadir las contingencias del litigio que deba afrontar, no encontramos razón atendible para considerar que en este ámbito aplican las restricciones del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, sino solo las ordinarias, que han sido tomadas como referentes de proporcionalidad.

Una razón adicional, pero no menos concluyente, para respaldar la tesis que se sostiene, es que si la Sala de Casación Penal hubiera concebido que en la tercera modalidad aplica la restricción señalada, que significó en general la defunción de los allanamientos en caso de flagrancia, no hubiera avalado su existencia, pues simplemente bastaba con recordar que era posible utilizar el primer tipo de preacuerdos, esto es, el que se hace con base en los posibles descuentos en las fases de acusación, preparatoria e inicio del juicio oral.

La introducción de la modalidad de preacuerdo tenía una finalidad legítima y no constituye una contrariedad al orden jurídico o la ley, sino interpretaciones del mismo o adecuación de la legislación a las exigencias o necesidades que se perciben en la práctica del desenvolvimiento del sistema.

Con base en estas elucubraciones concluimos que, si bien el recurrente carece de razón para exigir que se adecue la pena a los límites del párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, sí le procede el reclamo de que se ajuste a los términos del artículo 352 de la misma ley.

En el presente caso, la Fiscalía no concedió una compensación plena en la variación de la calificación jurídica y además se carecen de elementos probatorios que hagan posible la hipótesis de haber actuado el acusado bajo una complicidad, por lo que no existe un fundamento para la variación real de la calificación jurídica, sino que solo se consideró así para la cuantificación punitiva.

En estos eventos, el control judicial de lo acordado, como dejamos expuesto en precedencia, se hace con base en la proporción que se reconocería en la aceptación de cargos por el momento procesal que para el caso se podría aspirar a una máxima rebaja de pena de la tercera parte. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal que reza:

ARTÍCULO 352. 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.

A pesar de que en el presente asunto la Fiscalía habría variado los términos en que fue presentado el inicial acuerdo, en tanto el defensor le habría hecho caer en cuenta de que el señor Rigoberto Amarillo no estuvo presente en la audiencia de acusación al no estar enterado de la misma y que desde siempre había estado interesado en hacer preacuerdo, lo cierto es que el procesado no estuvo en la audiencia de formulación de acusación por su propia incuria y no porque no estuviere enterado de su realización.

Así se desprende claramente de lo observado en la audiencia realizada el día 18 de marzo de 2022, en el que se verificó con el empleado encargado de realizar las citaciones que estas fueron enviadas a las direcciones aportadas por el mismo procesado e incluso se marcó a los abonados telefónicos brindados para el efecto sin que fuere posible su ubicación, es decir, fue el mismo señor Rigoberto Amarillo Gaviria quien se puso en esa situación y, por ende, no puede sacar provecho de su incuria.

Esta situación fue advertida por el juez de primer grado, tal como se percibe en los fundamentos que sustentaron su decisión para no acceder al aplazamiento de la audiencia de formulación de acusación solicitado por la defensa. Veamos:

(Minuto 18:30)

“Es que aquí hay varias situaciones, la primera es que al ciudadano se trató de ubicar de manera idónea, de manera

oportuna, no solamente la judicatura, el doctor Hibson fue eficiente y diligente a ese efecto, el señor defensor igualmente hizo lo que estuvo a su alcance para ubicarlo, es decir, que desde ese punto de vista no habría ninguna objeción para que se haga la audiencia porque él está en libertad y no ha presentado o manifestado ninguna dificultad de orden técnico o personal que le imposibilite presentarse a la audiencia y ha sido citado, como ya se ha indicado, de manera idónea y oportuna. Entonces, repito, eso sería razón suficiente para iniciar la audiencia.

En lo que tiene que ver con la suspensión para efectos de intentar un preacuerdo, debe advertirse que, y lo indicó el señor defensor también como argumento basilar para la suspensión, es que el paso de las etapas podría afectar el reconocimiento del beneficio, y eso también lo corroboró o lo indicó la señora fiscal; sin embargo, en criterio de esta judicatura, y creo que también así lo ha manejado la jurisprudencia, lo que tiene que ver con disminución en rebaja de pena por el paso de las etapas hace más relación con el allanamiento a cargos que con el preacuerdo porque el preacuerdo, y ha sido el criterio de esta judicatura, es que en el preacuerdo se pueden conocer dos tipos de beneficios: o la rebaja en el monto de la pena, que sí depende de la etapa procesal en que se esté, o la concesión de una figura jurídica que rebaje la pena, y allí no se exige una etapa porque el artículo 352 pues permite que, incluso en la audiencia preparatoria y antes del juicio, se pueda pactar sobre esas figuras jurídicas, porque dice que se puede pactar sobre los hechos imputados y sus consecuencias, y de esa manera es que se puede consultar o se puede pactar sobre esas figuras.

De esa manera, entonces, si la Fiscalía lo que pretende es conceder la complicidad, pues obviamente como una ficción y lo que tiene que ver exclusivamente con la pena, ello pues puede hacerlo incluso después de la audiencia de formulación de acusación porque no estaría vedado, dado que se habría realizado la acusación.

De esa manera, entonces, el despacho no encuentra objeción para que se pueda adelantar la audiencia, máxime que también está claro que no es que el procesado haya

manifestado que está dispuesto a preacordar, es una intención que tiene la defensa de acuerdo a lo que pudo hablar con el ciudadano, pero no está claro; tampoco está claro que él se vaya a presentar porque se ha intentado citarlo en determinadas o de diferentes maneras y no ha sido posible. Por ello, entonces, se va a hacer la audiencia y si para la próxima sesión o para la próxima audiencia está presente el procesado, pues podrá llegar a un preacuerdo en el evento en que las partes procesales así lo decidan, de tal manera, entonces, que el despacho da inicio a la audiencia...”

Cabe reparar que, aunque podría entenderse que se habría generado una expectativa para el acusado cuando el juez de conocimiento advirtió que, en el evento en que el preacuerdo se hiciera para el reconocimiento de una figura jurídica que recayera sobre los hechos imputados y sus consecuencias no repercutiría el paso de las etapas procesales, lo cierto es que también señaló que eso dependería de la modalidad del preacuerdo.

De otro lado, como razón adicional para no acceder al aplazamiento de la audiencia de acusación, se sostuvo la falta de claridad en cuanto a la real intención del procesado de preacordar con anterioridad, o desde un principio, como lo entendió la fiscal. Por tanto, no es cierto que el procesado no hubiere asistido a la audiencia ante la falta de comunicación como tampoco que desde siempre habría estado interesado en hacer preacuerdo.

En todo caso, el juez en su decisión no acogió alguna razón de justicia para excepcionar la procedencia de solo la tercera parte como descuento máximo permitido, causa por la cual el hecho de que no se detuviera en ella la argumentación

del recurrente, resulta comprensible y no le puede ser oponible para disminuir la eficacia del recurso.

Entonces, la pena mínima imponible con base en el rasero fijado sería de 64 meses de prisión, y multa de 82,67 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de que trata el inciso tercero del artículo 376 del Código Penal, el que apareja una pena mínima de 144 meses de prisión y multa de 124 salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta que la tercera parte para la pena de prisión equivale a 32 meses y para la de multa 41,33 salarios.

Así las cosas, para que el preacuerdo pueda guardar proporcionalidad, la pena no podría ser menor de 64 meses de prisión y multa de 82,67 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Atendiendo a que se pactó una sanción inferior, esto es, 48 meses de prisión y multa de 64 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En consecuencia, surge inevitable concluir que el acuerdo sería ilegal por no guardar proporción en la compensación ofrecida.

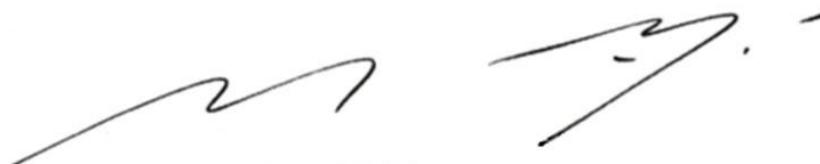
Dicho lo anterior, se examina si el caso se ubica en las matizaciones que ya ha hecho esta misma Sala de la que nos referimos en la exposición del marco general de la decisión sin que se perciba que se reúnan las mismas condiciones, por lo que se concluye que no aplican en el caso. En consecuencia, se dispondrá la improbación del preacuerdo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

**R E S U E L V E**

Revocar la decisión recurrida y, en su lugar, improbar el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el señor Rigoberto Amarillo Gaviria asistido por su defensor, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no procede recurso alguno, por agotarse el objeto de la impugnación.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO  
MAGISTRADO