

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cinco (5) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado: 050016000206202228297
Procesado: Maikol Rafael Terán Valencia
Delito: Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego
Asunto: Apelación de sentencia vía preacuerdo
Interlocutorio: No. 27. Aprobado por acta No. 107 de la fecha.
Decisión: Decreta nulidad de lo actuado

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por el delegado del Ministerio Público en contra de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2023 por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín (Ant.) mediante la cual y en virtud de un preacuerdo se condenó al señor **Maikol Rafael Terán**

Valencia, por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, imponiéndosele una pena de 56 meses de prisión.

2. HECHOS

El día 29 de diciembre julio 2021, entre las 14:30 y 14:48 horas aproximadamente, en vía pública, en la calle 54 con carrera 51 sector la candelaria, zona céntrica de la ciudad de Medellín, **Maikol Rafael Terán Valencia**, fue sorprendido cuando portaba, sin permiso de autoridad competente, un arma de fuego, de defensa personal tipo pistola .38 pulgadas, de fabricación hechiza con un cartucho clase común tipo pistola de funcionamiento tiro a tiro, en buen estado de conservación y funcionamiento.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El día 30 de diciembre de 2022 el Juzgado Doce Penal Municipal de Medellín, Antioquia, declaró legal la captura de **Maikol Rafael Terán Valencia**; acto seguido, la Fiscalía le formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, cargos que no fueron aceptados por el procesado. Se solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, accediendo el juzgado a la misma.

El día 22 de febrero de 2023, la Fiscalía presentó escrito de acusación el cual fue repartido para su conocimiento al Juzgado

Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, quien dirigió la formulación oral de la acusación el pasado 25 de mayo de 2023.

La audiencia preparatoria estaba prevista para el 8 de agosto de 2023, fecha en la cual la fiscalía y la defensa anunciaron que habían suscrito un preacuerdo consistente en la aceptación de responsabilidad del acusado a cambio del reconocimiento de la complicidad, pactando una pena de 56 meses de prisión.

Pese a la oposición del Ministerio Público, dicha negociación fue aprobada por el funcionario de primer nivel en esa audiencia, sin conceder la posibilidad de promover recursos contra el auto; acto seguido, emitió sentido de fallo condenatorio y dio paso a la audiencia de individualización de la pena.

El 27 de septiembre de 2023, se profirió la respectiva sentencia derivada del preacuerdo, la cual fue apelada por el Procurador delegado ante ese Despacho.

4. SENTENCIA RECURRIDA

Luego de hacer un recuento de los hechos y de la actuación procesal, así como de señalar los términos del acuerdo celebrado, el funcionario de primer nivel señaló que la conducta tenía respaldo en los elementos materiales probatorios que soportaron el preacuerdo.

A renglón seguido, se dispuso a transcribir lo considerado en otro proceso e hizo alusión a otra decisión por el proferida, de lo cual concluyó que en nuestra sistemática procesal y contrario a la oposición de delegado del Ministerio Público, sí era posible conceder rebajas por vía de preacuerdo que fueran superiores a las establecidas para el momento de la negociación, echando mano, además, de un salvamento de voto emanado de esta Corporación.

En consecuencia, profirió la condena en los términos señalados en la negociación entre las partes.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Luego de hacer un extenso recuento procesal, así como de normas y jurisprudencia aplicable a la materia, el delegado del Ministerio Público, apeló la decisión de primera instancia, por considerar que el preacuerdo presentado y aprobado contenía una rebaja de pena superior a la permitida en la etapa procesal correspondiente, esto es, de un 50% cuando lo pertinente era no exceder de la tercera parte.

Señaló el recurrente que la interpretación efectuada por el *a quo* contravenía el espíritu del ordenamiento jurídico, el cual debía ser acatado por las partes al momento de negociar, lo que fue obviado con la rebaja excesiva otorgada por el ente acusador y avalada por el juez, malentendiendo el criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP2073-2020 radicación 52227 del 24 de junio de 2020, donde

lo que hizo la Corporación fue regular las ficciones legales para acceder a rebajas por preacuerdos, lo que ocurrió en este caso, pues se acudió a la ficción de aplicar la complicidad a efectos de aminorar la pena.

Así, señaló que la rebaja resultante del acuerdo excedía el monto permitido para el estadio procesal, esto es, la audiencia preparatoria, donde la rebaja no podría ser mayor de la tercera parte, siendo esa rebaja abiertamente desproporcionada por defecto al punto que desprestigia la administración de justicia.

En consecuencia, solicitó se revocara el fallo recurrido.

6. LOS NO RECURRENTES

Los sujetos procesales no recurrentes, guardaron silencio en el término del traslado que se les hiciera para pronunciarse sobre las censuras del Ministerio Público.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, con fundamento en lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 El problema jurídico

Sería del caso que la Colegiatura entrara a desatar las censuras del delegado Procurador en contra de la sentencia derivada del preacuerdo celebrado entre ellos, si no fuera porque al analizar el decurso de la actuación procesal, se observan flagrantes vulneraciones al debido proceso.

Planteadas como están las cosas, considera la Sala que es necesario evaluar lo acaecido en la suscripción del preacuerdo respecto a caros principios del enjuiciamiento penal y en especial de la justicia negocial.

Para ello, la Magistratura comenzará por efectuar un exordio sobre las reglas que rigen la justicia premial consensuada, así como el control que los jueces deben ejercer sobre los actos de las partes, en especial sobre los preacuerdos, para finalizar la exposición con el estudio del caso concreto.

7.2.1. Las reglas sobre los preacuerdos en Colombia.

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

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

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

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

² Art. 350 idem

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

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

a la sociedad misma, lo que implica el respeto irrestricto sobre la adecuación típica y la tasación de las penas dentro de los precisos límites fijados por el legislador que es un imperativo de obligatorio cumplimiento tanto para las partes como para el juez.

Respecto a las figuras procesales de preacuerdos y los allanamientos, valido resulta afirmar que existen ciertas características que las diferencian; no obstante, no puede desconocerse que son dos componentes de una misma institución (la justicia premial) que se deben ciertamente regir por una misma principialística y axiología.

En lo que refiere a esos parámetros diferenciadores entre los aludidos mecanismos, podemos señalar que una de las principales disimilitudes entre allanamientos y preacuerdos lo es que los primeros son la clara manifestación de la voluntad unilateral del procesado de acogerse de forma irrestricta e incondicional a los cargos formulados en su contra, mientras que los segundos son de carácter bilateral y se deben al resultado de la negociación efectuada entre las partes.

De lo anterior, se puede afirmar que las aceptaciones unilaterales de cargo están condicionadas, en principio, a la voluntad o querer del procesado, mientras que en los preacuerdos necesariamente debe existir voluntad mancomunada de suscripción o celebración entre la defensa y la Fiscalía.

Otra diferencia que se debe resaltar entre ambos mecanismos son las rebajas a las que se puede llegar mediante su aplicación, en el entendido de que para los allanamientos estas disminuciones se encuentran legal y taxativamente establecidas; mientras que en materia de preacuerdos las partes tienen una mayor movilidad para, bajo ciertas condiciones, pactar los descuentos a obtener, eso sí sin abandonar el imperio del principio de legalidad, como se tratará más adelante.

La participación de la víctima también es otro factor que marca distancia entre preacuerdos y allanamientos, en el sentido que para los primeros se debe escuchar las necesidades de los afectados con el delito, situación que no es óbice u obligación en la aceptación unilateral de cargos.

No obstante esto, tal como ya se dijo, pese a las diferencias entre allanamientos y preacuerdos, también debe resaltarse que por ser estos dos mecanismos parte de la misma institución de justicia premial, se deben regir necesariamente por los mismos principios.

En efecto, se debe partir de la premisa de que los artículos 8-L y 348 procesales son principios rectores de la justicia premial, aunque no los únicos; si se tiene en cuenta su amplio espectro de aplicación y su carácter programático o de directriz.

El literal L del artículo 8 procesal prescribe que para que la aceptación de responsabilidad -unilateral o bilateral- sea válida, la misma debe ser libre, consciente, voluntaria, debidamente

informada y con plena asistencia y asesoría del procesado por parte de un abogado.

Por su parte, el artículo 348 como norma programática que es, relaciona cinco fines específicos que se deben tener en cuenta al momento de adelantar un proceso de justicia consensual. Estos son:

1.) Toda negociación debe tener como finalidad la humanización del proceso, bajo el entendido que tanto los procesados como las víctimas son las personas inmersas en medio del conflicto originado por el delito. Los unos por estar ante la posible privación de su libertad y la estigmatización social, entre otras muchas cosas negativas, y las otras porque injustamente se han visto afectadas, de manera directa o indirecta en sus derechos.

2.) El gran objetivo de la justicia premial debe ser la obtención de pronta y cumplida justicia, en consideración al triste, pero real apotegma de que justicia tardía ya no es justicia.

3.) La justicia premial, en un modelo democrático como el nuestro, debe dentro de lo posible buscar la participación de todos los involucrados en el conflicto penal; esto es, los procesados y las víctimas, en la solución del conflicto, para que la respuesta estatal obtenida sea lo más legítima y adecuada posible.⁵

⁵ Cfr. Sentencia C-516 de 2007

4.) Como quiera que el delito, en la mayoría de las veces, se traduce en la violación o vulneración del derecho de personas, la reparación de las víctimas tiene que ser uno de los objetivos principales a tener en cuenta si se quiere solucionar de verdad el conflicto.⁶

5.) La finalidad si es agilizar el proceso; pero con el sumo cuidado de no desprestigiar a la Administración de Justicia y evitar su cuestionamiento, para lo cual los fiscales deberán seguir con estrictez las Directivas del Fiscal General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal.

En conclusión, las notas características de un modelo de justicia premial son: primero: la brevedad del proceso por la renuncia al juicio por parte del acusado; segundo, que dicha renuncia es libre, consciente, informada y debidamente asesorada; tercero, se flexibiliza esencialmente los principios de presunción de inocencia y de legalidad y cuarto, se deben tener en cuenta las finalidades establecidas en el artículo 348, como son la humanización del proceso, intervención de los involucrados en la solución del conflicto, reparación de las víctimas y el celo por el aprestigiamiento de la Administración de justicia.

Además de los principios enunciados se tiene que, de acuerdo a la consolidada línea jurisprudencial del órgano de cierre de esta especialidad, en materia de justicia premial hacen presencia otros dos principios rectores que si bien no están taxativamente

⁶ Cfr. Sentencias C-228 de 2002 y C-209 de 2007

positivizados en la Ley 906 de 2004, sí constituyen verdaderos bastiones de la justicia premial, tales como lo son los principios de proporcionalidad y de progresividad, que en palabras simples indican que entre mayor colaboración más beneficio punitivo y que una manera de medir el grado de colaboración es el momento procesal en que se materializa el mecanismo, por lo que resulta más que obvio que entre más temprana la colaboración mayor será la reducción de la pena.

En efecto, obsérvese que en materia de allanamientos se tiene que si la aceptación de cargos se da en la audiencia de imputación la rebaja puede ser de la tercera parte a la mitad⁷; si el hecho procesal se presenta en la audiencia preparatoria, la rebaja puede ser de entre una sexta a la tercera parte⁸ y, por último, si la rebaja se da en la instalación de la audiencia de juicio oral, el beneficio punitivo a obtener solo será la rebaja de una sexta parte de la pena⁹.

Respecto de los preacuerdos, los principios de proporcionalidad y progresividad se ven claramente reflejados en los artículos 350 y 352 de la Ley 906 de 2004.

En la primera norma en comentario se establece que desde la formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía puede llegar a un preacuerdo sobre los términos de los cargos penales, lo cual describe nítidamente un interregno infranqueable en donde las negociaciones tienen un amplio campo de acción para eliminar

⁷ Arts. 288.3 y 351 de la Ley 906 de 2004

⁸ Art. 356.5 *ibid.*

⁹ Art. 367 inc. 3 *ibid.*

un agravante o tipificar la conducta de una manera más benigna al procesado, posibilidades y beneficios que se van reduciendo a medida que avanza el proceso, tal como claramente lo advierte la Corte, cuando al respecto, en el año 2020, afirmó:

La Sala, con criterio mayoritario, en la providencia a la que se ha hecho referencia (52.227), al referirse al beneficio punitivo que la Fiscalía debe otorgar en lo preacuerdos por la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito cometido, señaló que debe ser proporcional, **esto es, no debe conceder descuentos desmesurados, para ello, se debe tener en cuenta el momento procesal en el que se hace la negociación por las partes, de tal forma que la gracia por readecuación típica, la eliminación de una agravante o la consideración de una disminuyente de punibilidad, no puede resultar superior a ese máximo que se permite dado el estado del proceso en que se hace la negociación, pues se haría desproporcionado.**¹⁰

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

¹⁰ C.S.J. Sala de Casación Penal, rad. 51478 de 2020.

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

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

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

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

Es evidente, entonces, que el contenido del canon 352 procesal no puede ser desconocido, por cuanto este resulta vital por ser una regulación específica que se afinsa en el desarrollo de un principio basilar de la justicia premial; además, una interpretación útil y sistémica de la norma en comento indica que este es de obligatorio respeto por su inescindible relación con el espíritu de la justicia negocial y evita el otorgamiento de rebajas injustificadas que atenten contra los derechos de intervinientes y contra el aprestigiamiento de la administración de justicia.

De lo hasta aquí analizado, se puede convenir que el porcentaje de las rebajas previstas para la justicia premial son la evocación esencial de los principios de progresividad y proporcionalidad, lo que debe interpretarse, en primera medida, de cara a los estadios procesales en que se del acto unilateral o bilateral de aceptación de cargos, teniendo en cuenta que para el primero existen tres momentos y para el segundo dos, tal como ya se explicó.

Además, es cierto que frente a los preacuerdos, diferente a lo que sucede con los allanamientos, hay más espacio de acción; como se observa claramente de sus respectivas regulaciones normativas, pero por ser dos manifestaciones de una misma institución, las rebajas que se concedan por cualquiera de las dos vías tienen que ser proporcionadas y armónicas dentro del sistema para evitar acciones fraudulentas o simplemente incuriosas de las partes o de una de ellas.

También, es claro que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, al ser una regulación que surge en el proceso como una manifestación clara de los principios rectores de progresividad y proporcionalidad, su aplicación es obligatoria al momento de contemplar los márgenes de rebaja a obtener por vía del preacuerdo, tal cual también sucede con el artículo 356 que establece la rebaja para cuando los allanamientos se dan en la audiencia preparatoria.

Lo anterior no puede considerarse como un exceso ritual manifiesto ni un prurito legalista. Por el contrario, el resultado de este análisis deviene en una interpretación principialística y sistémica de la justicia premial, que la dota de sentido y armoniza las dos figuras de justicia premial dejando claro que no tener límites en materia de aceptación temprana de cargos, cualquiera que sea la vía, desdibujaría la esencia de la justicia premial y eventualmente se podría cohonestar situación de impunidad material que obviamente va en desmedro no solo de la Administración de Justicia sino de la sociedad toda.

Además, desconocer la mencionada limitante prevista en el artículo 352 del C.P.P. constituye una situación que paradójicamente atentaría contra la propia justicia premial en punto a la celeridad que es de su esencia, ya que dejaría casi que sin sentido el acogimiento incondicional a cargos en etapas tempranas del proceso, por cuanto resultaría más beneficioso para cualquier sujeto suscribir un preacuerdo *ad portas* del juicio en el que se podría obtener una sustancial rebaja, que tranquilamente puede ser mayor a las obtenidas con el

allanamiento en la audiencia de imputación o en la audiencia preparatoria.

Lo anterior permite afirmar que la limitación antes señalada constituye un mecanismo efectivo para preservación del orden jurídico y la promoción de decisiones judiciales razonables y racionales, plenamente ajustadas no solo a las reglas establecidas expresamente por el legislador sino conforme a los principios que regulan la justicia premial.

Esta interpretación realmente no es novedosa, por cuanto tiempo atrás la prohió la misma Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, quien avalaba las restricciones establecidas por el artículo 352.

Ese criterio revalidador de la vigencia del precitado canon en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo su inicio en el año 2008, cuando la alta corporación fijó las reglas de graduación de rebajas por vía de preacuerdo, siendo categórica al señalar que una vez se presentara la acusación, la rebaja sólo podría ser de una tercera parte de la pena a imponer¹¹.

Este criterio de la Corte se mantuvo pacífico durante más de una década, tal como lo advirtió la misma Corporación en el auto AP2781-2020 Rad. 58136, donde hizo un recuento de todas las veces que, desde el año 2008, se afirmó que había una clara limitante a las rebajas de pena por vía de preacuerdos

¹¹ CSJ. Rad. 29617 del 9 de junio de 2008

cuando ya hubiese acusación presentada, en tanto que no podía ser superior en ningún caso a la tercera parte¹².

En efecto, en esa oportunidad la Corte revalidó categóricamente la vigencia del límite, señalando:

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.

Todo lo hasta aquí analizado, daba cuenta del claro, sólido y pacífico criterio pregonado por el órgano de cierre respecto a la preservación y vigencia de esos ineludibles principios de progresividad y proporcionalidad, los cuales se encuentran representados en el artículo 352 procesal, criterio que se mantuvo vigente con posterioridad.

No obstante, en el año 2023 la Corte comenzó a mostrar visos de un viraje del precedente frente a los preacuerdos, admitiendo

¹² Cfr. Rad. 36502 del 5 de septiembre de 2011; Rad. 38903 del 1º de octubre de 2012; Rad. 68482 del 8 agosto de 2013; Rad. 43556 del 27 de abril de 2016; entre otras.

rebajas superiores a la tercera parte así el convenio procesal se haya presentado después del escrito de acusación.

En efecto, en el radicado 54084 del 10 de mayo de 2023, la Corte estudió el caso de un preacuerdo presentado al inicio del juicio oral en desarrollo de una causa adelantada por el delito de homicidio agravado, consistente en el reconocimiento de un estado de dolor en favor del procesado, imponiendo una pena de 90 meses.

En esa oportunidad, la máxima corporación avaló dicha negociación bajo el argumento de que existía una base fáctica del beneficio concedido, aunque realmente no se explicitaron las razones por las cuales decidió apartarse de su anterior precedente horizontal, a pesar de que el preacuerdo conllevaba a una rebaja del 77,5% de la pena.

Posteriormente, la Corte asumió el conocimiento de un proceso en el cual el delegado del Ministerio Público acude en casación por cuanto consideró que la rebaja obtenida, de más de una tercera parte, violaba las reglas del artículo 352 como quiera que el convenio se materializó una vez se había presentado el escrito de acusación; pero en esta ocasión sí se abordó directamente este problema jurídico y se dieron las razones para la reinterpretación de la norma en comento.

Al efectuar el estudio de admisibilidad de la demanda de casación y en punto a la censura de la aplicación del artículo 352 del C.P.P., la Sala de Casación Penal retomó lo planteado en una sentencia del año 2016, así:

63.- Y por otro, como bien lo destacó el ad quem, este tipo de preacuerdo no está sometido a los descuentos punitivos establecidos para cada una de las fases procesales en que se opte por el mecanismo de terminación anticipada del proceso, en los términos señalados en los artículos 351 y 352 ejusdem.

64.- Es así que el ad quem se apoyó en la sentencia CSJ SP2168-2016, rad. 45736, en la que la Corte precisó:

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 ibidem. (...)

(...)

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. (Subrayas y negrillas no originales).

65.- De este modo, la conclusión a la que llega la representante del Ministerio Público es insostenible, pues si bien, como consecuencia de la eliminación de la anotada circunstancia de agravación, el descuento conferido viene a ser superior al máximo permitido para la fase previa al inicio de la audiencia preparatoria -de una tercera parte- y equivale a la mitad de la pena prevista para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, esto es a 128 meses, es claro que dicha rebaja no es ilegal, porque corresponde a la autorizada por la ley dada la anotada modalidad de preacuerdo consistente en la degradación típica.

66.- La libelista inadvertió, asimismo, que, cuando el pacto involucra dicha modalidad, ningún sentido tiene verificar la magnitud de la colaboración ofrecida a la administración de justicia por el inculpado, el desgaste sufrido por esta o la ayuda prestada para la desarticulación de la organización criminal o el arrepentimiento exhibido frente al comportamiento criminal ejecutado, pues tales supuestos son válidos cuando de “preacuerdos simples” se trata, en los que se admite la responsabilidad en las conductas imputadas sin otro beneficio que el delimitado para la fase en que se presente el preacuerdo.

De la lectura del auto referido, encuentra la Sala que la Corte retomando un fallo del 2016, apalanca su nuevo precedente en varios argumentos:

El primero refiere a que la Ley 906 de 2004 contempla dos tipos o modalidades de preacuerdos: 1) los que se refieren a la

tasación de la pena; y 2) los que hacen alusión a la tipificación diferente y a la eliminación de delitos concursales o agravantes específicas.

El segundo planteamiento alude a que tanto los allanamientos como los preacuerdos que se hacen respecto a la tasación de la penal son de una misma clase y a estos les es aplicable los límites temporo-procesales contemplados en los artículos 351 y 352 de la Ley 906 de 2004.

El tercer argumento alude a que para las modalidades de preacuerdos restantes, esto es, los que modifican de alguna manera la tipificación de las conductas, sea por cambios o eliminación de conductas o agravantes, no les es aplicable ningún tipo de límite de rebaja como los enunciados en precedencia, siendo viable celebrar negociaciones en cualquier etapa procesal que contemple rebajas que sean, incluso, superiores al 50% de la pena a imponer.

Todo este recuento, permite colegir a la Sala que existen en este momento 2 criterios jurisprudenciales respecto de la aplicación del canon 352 del C.P.P.: el primero que viene de una larga y pacífica línea jurisprudencial vigente desde el año 2008 y que duró por un lapso de casi 15 años y una postura novedosa que tiene una sentencia hito del año 2023 que retoma un pronunciamiento aislado del año 2016.

Ante el dilema que genera la coexistencia de los dos criterios previamente anunciados, es menester que se establezca cuál debe aplicar este Tribunal.

Ante la dicotomía anunciada, esta Magistratura respetuosamente se decanta por mantener el criterio representado en la línea jurisprudencial nacida en el año 2008, por cuanto se considera que este contiene una interpretación sistémica, principialística y finalista que se acompasa de mejor manera con nuestro modelo de justicia, por cuanto hace prevalencia irrestricta de todos los principios que irradian la justicia premial y que han sido enseñados a lo largo de este proveído.

En efecto, piensa la Sala que la distinción de dos clases de preacuerdos no está establecida en la ley y por tanto se debe aplicar el principio general de hermenéutica de que donde el legislador no diferencia no tiene por qué hacerlo el intérprete, sobre todo si tal diferencia desestructura el sistema de justicia anticipada y puede afectar de manera grave los principios de proporcionalidad y progresividad, tal como se ha tratado de explicar con suficiencia en párrafos precedentes.

Es claro que nuestra legislación estableció con toda claridad dos mecanismos de colaboración: el allanamiento, que es una aceptación unilateral e incondicional de los cargos presentados por la Fiscalía, y los preacuerdos, que son aceptaciones de responsabilidad fruto de convenios entre la Fiscalía y la defensa en esencia sobre puntos de tipicidad o de culpabilidad que permiten atenuar las penas. Decir que existe un preacuerdo para convenir exclusivamente sobre el monto de la pena es crear una categoría no establecida en la ley que probablemente cree confusión con la figura del allanamiento a cargos, pero lo

peor es que la introducción de tal categoría puede mandar al traste, como se dijo, los principios de proporcionalidad y progresividad.

En ese orden de ideas, esta Sala de Decisión, considerando respetuosamente que hay mejores razones jurídicas al lado del anterior precedente de la Corte que al ahora planteado a partir del 2023, lo seguirá acogiendo teniendo en cuenta la teoría de la vinculatoriedad estructurada desde la sentencia C-836 de 2001 y que fue ratificada en la SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional.

En conclusión, para esta Sala, en materia de preacuerdos, cualquiera que sean los términos de la negociación, es exigible el respeto del límite de rebajas impuesto en el parágrafo del artículo 352 del C.P.P, como mecanismo efectivo de prevalencia, entre otros de los principios de progresividad, proporcionalidad y legalidad, los cuales son de obligatorio acatamiento en la justicia premial negociada; pero, además, porque la exigencia antes anotada privilegia otros aspectos trascendentes como los derechos a las víctimas, la seguridad jurídica y el aprestigiamiento de la administración de justicia, evitando que, cualquiera sea la razón, se accedan a rebajas desproporcionadas que deriven en decisiones desajustadas de la racionalidad, la adecuación legal y la razonabilidad.

7.2.2. El control judicial sobre la imputación, la acusación y los preacuerdos

Sobre el control que los jueces deben hacer a las imputaciones, acusaciones y preacuerdos es mucho lo que se ha dicho en la doctrina y la jurisprudencia debido a la falta de técnica del legislador al momento de regular tan importante cuestión que tienen que ver, ni más ni menos, con los derechos fundamentales del procesado, de la víctima e, incluso, de la sociedad toda y con los fines mismos de la Administración de Justicia Penal.

Desde siempre no ha habido duda en las Cortes de Cierre, tanto en la penal como en la constitucional, que el juez, cuando menos, debe ejercer un control formal a estos actos de parte; sin embargo, la praxis judicial y la realidad han llevado a que en aras de la protección del sistema y de las garantías de las partes e intervinientes, se propenda también por un control material, cuestión sobre la que tampoco la Sala de Casación Penal ha tenido una posición pacífica, puesto que en algunas veces ha propendido por un control fuerte y en otras por un control moderado.¹³

¹³ En la Sentencia SU-479 de 2019, La Corte Constitucional, para resolver un problema atinente al control judicial sobre imputaciones, acusaciones y preacuerdos, cita a la Sala de Casación en los siguientes términos:

“Sobre el particular, la Sentencia del 10 de octubre de 2016 refirió y explicó cuáles son dichas posturas:

“La [primera] postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886 [...].

La última posición asumida por dicho Tribunal, en criterio de esta Sala de Decisión, es muy razonable por cuanto se recalca acerca de la diferencia sustancial existente entre el control sobre la imputación y la acusación y el control ejercido sobre los preacuerdos, en el sentido de que frente a los primeros el mismo es formal **y excepcionalmente material**, sí y solo sí, el fiscal en la adecuación típica incurre en una verdadera **vía de hecho** por violación flagrante a los principios de legalidad y tipicidad objetiva; es decir, cuando se está frente a una verdadera arbitrariedad, puesto que una intervención diferente del juez sería una intromisión inadmisible en el campo de acción de la Fiscalía, con lo cual se desvirtuaría el sistema de partes y se afectaría, a la vez, su imparcialidad para juzgar el caso.

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo 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 jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, a aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280[...].

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436 [...]” .

En cambio, la Corte frente a lo segundo, esto es los preacuerdos, propugna por un verdadero control material como quiera que este tipo de actos de parte activan de manera inmediata la potestad jurisdiccional de dictar sentencia, la cual obviamente tiene que estar regida por todos los principios que gobiernan no solo el proceso ordinario sino la justicia negocial.¹⁴

Una clarísima muestra de esta posición de la Sala de Casación Penal está plasmada en una sentencia de 2021, en donde con rotundidad afirmó:

Los jueces y magistrados deben ejercer a la acusación en los procesos ordinarios de la Ley 906 de 2004 un control, para que no se vulnere la esencia del objeto del proceso penal, que no es otra que la administración de justicia.

Ese principio-deber, se edifica como un control **a los actos arbitrarios, caprichosos, de mera liberalidad o discrecionalidad** del titular de la acción penal, cuando en la acusación no se rige por criterios de objetividad, razonabilidad, verdad y justicia o se aparta de la información que revelan los elementos de prueba recaudados, proceder con claras implicaciones en los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

(...)

La Corte ha señalado que aun cuando a la Fiscalía se le asignó la obligación de acusar «ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados», pues

¹⁴ CSJ, Sala de Casación Penal. Rad. 52227 de 2020

como servidores públicos, sus delegados deben actuar en un marco de objetividad, legalidad, estricta tipicidad, debido proceso, lealtad procesal y buena fe (artículo 12 C.P.P.), así como con adecuadas prácticas del derecho, criterios de necesidad, ponderación y corrección en el comportamiento, todo ello «para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

De allí que, el juez ante eventos que desbordan la potestad de la Fiscalía en el acto de acusación, el Juez debe ejercer un control activo que supere los meros actos de dirección, en aras de garantizar la intangibilidad de los principios, valores y garantías referidos en párrafos anteriores.¹⁵

Así las cosas, el juez está en el deber de hacer excepcionalmente un control material a la imputación o la acusación de la Fiscalía, cuando el actuar de esta parte desborda de manera ostensible o grosera el principio de tipicidad objetiva, es decir, cuando la adecuación típica riñe de manera evidente con la descripción de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el acto comunicacional de parte, porque esto no solo va en contra de los más caros principios que rigen al proceso penal sino en contra de los derechos de las partes e intervinientes procesales

Por último, para un cabal entendimiento y aplicación de este precedente jurisprudencial, es muy importante dejar en claro lo siguiente:

Primero, el control material excepcional que eventualmente puede hacerle el juez a la imputación o a la acusación, bien sea

¹⁵ CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. 54691 del 14 de abril de 2021

de oficio o a petición de parte, se debe basar en los hechos jurídicamente relevantes presentados exclusivamente por la Fiscalía, lo que de suyo descarta cualquier tipo de injerencia de las otras partes e intervinientes en este acto, salvo las observaciones que se pueden hacer, bajo el entendido que la titular de la acción penal es quien funge como acusador estatal o privado (esto último para el caso de los procesos abreviados regulados en la Ley 1826 de 2017).

Segundo, el referido control material excepcional jamás puede tener como fundamento la evidencia, que por cualquier razón, hasta ese momento sea conocida por las partes, sino únicamente los hechos jurídicamente relevantes informados por la Fiscalía, porque lo contrario implicaría una anticipación, así sea parcial, del juicio, lo que desestructuraría el modelo de enjuiciamiento penal adoptado por Colombia.

Tercero, como el control -positivo o negativo, formal o material-, que exige en todo caso la Sala de Casación Penal sobre las imputaciones, acusaciones y preacuerdos, es un asunto de fondo que puede tener serias implicaciones para la suerte del proceso, a pesar de que la ley expresamente no lo prevé, requiere de un pronunciamiento motivado del juez, lo cual necesariamente se tiene que hacer por medio de un auto interlocutorio pasible de los recursos de ley al tenor de lo dispuesto en el artículo 161 del C.P.P. y,

Cuarto, las modificaciones que pretenda hacer la fiscalía a la acusación formalmente presentada, así sea favorable al

acusado, tiene que tener soporte probatorio y/o jurídico suficiente y adecuado.

6.2.4. El caso concreto

En el presente asunto, se tiene que el señor **Maykol Rafael Terán Valencia** venía siendo procesado por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, por hechos ocurridos el 29 de diciembre de 2022.

En el marco de la instalación de la audiencia preparatoria, se informó por parte de la Fiscalía y la defensa la suscripción de un preacuerdo consistente en la aceptación de responsabilidad del procesado, a cambio del reconocimiento de la complicidad y, en consecuencia de ello, una fijación de pena de 56 meses de prisión. Esta negociación fue avalada por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, pese a los reparos del delegado del Ministerio Público, mediante decisión frente a la cual el *a quo* no concedió recursos.

En posterior fecha, profirió la sentencia condenatoria bajo los términos de la negociación, la cual como era de esperarse fue recurrida por el delegado del Ministerio Público bajo criterios de ruptura de la legalidad por otorgarse una rebaja de pena sustancialmente mayor a la que podría darse en sede de audiencia preparatoria.

Pues bien, como bien ya se explicó, el criterio de esta Sala es que de acuerdo con el art. 352 del C.P.P. se tiene que los

preacuerdos que sean presentados en la audiencia preparatoria no podrían tener un descuento punitivo superior a la tercera parte de la pena a imponer, baremo infranqueable que privilegia de buena manera los principios de progresividad y proporcionalidad que gobiernan el ejercicio de la justicia premial, sea unilateral o consensuada, como en este caso.

De lo anterior, en criterio de la Sala, se advierte que el preacuerdo que fue presentado por las partes en el marco de la audiencia preparatoria celebrada al interior de esta causa el pasado ocho de agosto de 2023 implica afectaciones sustanciales a caros principios jurídicos como lo son el de legalidad, proporcionalidad y progresividad; además de que los términos en que fue enseñada la negociación genera un detrimento injustificado del aprestigiamiento de la administración de justicia, remitiendo un negativo mensaje a la sociedad.

Vistas así las cosas, el Tribunal no puede avalar la decisión del juez de primera instancia bajo el solo argumento de privilegiar la justicia premial y la liberalidad de las partes en materia de preacuerdos, ya que si bien en parte eso es cierto y por ello todos los operadores jurídicos debemos promocionarla, también lo es que la aplicación de esta figura no puede hacerse a cualquier costo y menos concediendo beneficios desmedidos como sucedió en este caso donde el preacuerdo permitió una rebaja del 48%, un *quantum* muy superior a la tercera parte autorizada por la ley.

Frente a este tipo de eventos en los cuales se evidencia que el preacuerdo afecta de manera sensible al ordenamiento jurídico es que el juez debe ejercer un control material, dado que si la negociación es la base de la sentencia, mal haría el funcionario en avalar una situación que en el inmediato futuro va a afectar la legalidad de la misma.

En ese orden de ideas, se considera que la negociación debió ser improbadada por el *a quo*; pero, además de ello, se evidencia un error en la primera instancia al decidir sobre la legalidad de la negociación por medio de una providencia carente de recursos lo cual afecto no solo garantías procesales del Ministerio Público sino el debido proceso mismo.

Así, todo lo que ha enseñado esta actuación, se itera, genera afectaciones sustanciales al debido proceso que no pueden ser subsanadas en esta sede.

Lamentablemente, la afrenta al principio de legalidad que aquí se ha presentado no tiene otra vía de subsanación distinta a la declaratoria de nulidad de todo lo actuado desde la audiencia donde se presentó el preacuerdo, inclusive, para que el juez realice los controles que le asisten al acto de presentación de la negociación y se tenga en cuenta el debido respeto a los principios de legalidad, proporcionalidad y progresividad que se contienen en el código de procedimiento penal, además de que se debe advertir que la decisión que analiza la legalidad del

preacuerdo es un auto frente al cual proceden los recursos de ley.

Se llega a esta extrema solución, pues en criterio de la Sala se tiene que los defectos advertidos menoscaban las bases propias del debido proceso y de la legalidad de la actuación; además de vulnerar principios basilares de la justicia premial, eso sin contar con que no se permitió controles por vía de recursos al proveído de control del preacuerdo. Por último, es claro que no hay otra manera de subsanar el entuerto porque es en absoluto necesario que se rehaga el trámite para salvaguardar de manera efectiva las prerrogativas superiores y procesales aquí comprometidas.

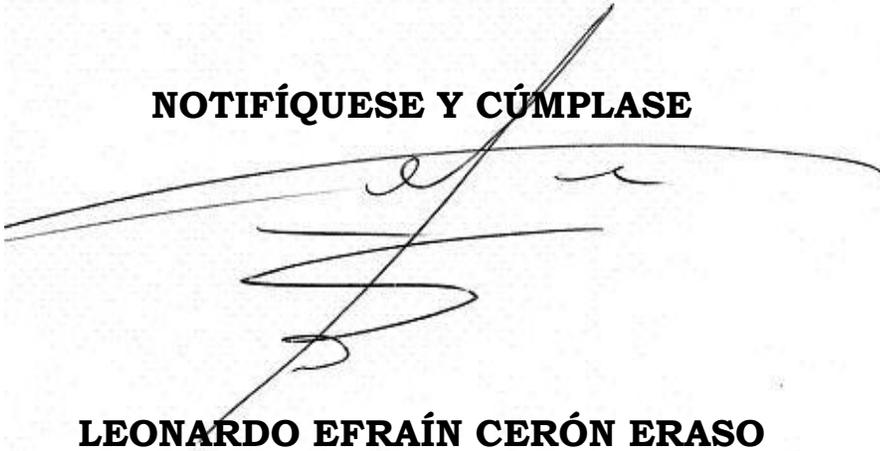
En razón de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

9. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra del señor **Maikol Rafael Terán Valencia** a partir de la audiencia preparatoria celebrada el 8 de agosto de 2023 ante el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín – Ant., inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído.

SEGUNDO: Frente a la presente decisión, solo procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. E. Cerón Eraso', written over a light gray background.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ricardo de la Pava Marulanda', written over a light gray background.

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Luis Orlando Palomá Parra', written over a light gray background.

LUIS ORLANDO PALOMÁ PARRA

Magistrado