



SALA PENAL

Medellín, viernes treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Aprobado en la fecha, acta N° 59

Radicado N° 05-001-60-99166-2018-00124

Interlocutorio de Segunda Instancia N° 30

Delitos: constreñimiento ilegal, propagación de epidemia

Acusado: Esnéider Hurtado Valderrama

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: miércoles 5 de agosto de 2020. Hora: 08:30 a.m.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado ESNÉIDER HURTADO VALDERRAMA, en contra de la decisión interlocutoria proferida el 26 de junio del año 2020 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual improbo el preacuerdo logrado por las partes.

ACONTECER FÁCTICO

Según los hechos dados a conocer por la Fiscalía, desde el año 2015 Esnéider Hurtado Valderrama mantenía una relación amorosa con Alejandra María Moreno

Loaiza, quien tras ser hospitalizada en el mes de marzo año 2017 por un fuerte dolor abdominal, se entera finalmente que su pareja la había contagiado con el virus de inmunodeficiencia humana –VIH- causante del síndrome de inmunodeficiencia adquirida –SIDA-, confesándole su compañero sentimental que desde el año 2016 se había enterado que portaba el virus, pero había decidido guardar silencio por temor a perderla.

Posterior a estos hechos, y desde el momento de la ruptura de la pareja en diciembre del año 2017, el acusado ejerció violencia física y moral para que la víctima retomara la relación, la asediaba continuamente en su casa, divulgó en redes sociales su historia clínica, y contactó telefónicamente a sus amigos para darles a conocer su condición médica. Adicional a ello se presentó y retiró del colegio a la hija menor de edad de la víctima, no obstante la pequeña estudiante logró zafarse del adulto y se alejó corriendo de este.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 6 de octubre de 2019 la Fiscalía legalizó la captura del prenombrado Esnéider Hurtado Valderrama ante la Juez Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la ciudad de Santiago de Cali, imputándole el delito de propagación de epidemia consagrado en el art. 369 del C. Penal. Modificado por el art. 2º de la ley 1220/08, y constreñimiento ilegal de que trata el canon 182 de la misma obra. Modificado por el canon 14 de la ley 890/04, sin aceptación de cargos.

A solicitud del ente persecutor se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia ubicada en la ciudad de Santiago de Cali.

2.- Por su parte el ente persecutor radicó escrito de acusación con fecha **13 de noviembre de 2019** ante el Centro de Servicios Judiciales de la ciudad de Medellín, sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, correspondiéndole el conocimiento del proceso en su etapa de juzgamiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, ante cuya titular de la época, en audiencia del **22 de enero de 2020** la Fiscalía refiere la misma base o soporte fáctico de la imputación, precisando que se abstenía de acusar por el delito de constreñimiento ilegal imputado inicialmente al procesado, toda vez que no se había logrado obtener el propósito de ese comportamiento que era doblegar la libre autodeterminación de la víctima presunta, acusando en consecuencia sólo por el delito de propagación de epidemia del art. 369 del Estatuto Represor. Modificado por el art. 2º de la ley 1220/08.

3.- A continuación el delegado del ente persecutor indica que ha llegado a un acuerdo con el acusado y su defensa, el cual consiste en que el enjuiciado acepta cargos por el delito de propagación de epidemia del art. 369 del C. Penal. Modificado por el art. 2º de la ley 1220/08, el cual consagra una pena de 4 a 10 años de prisión, y en contraprestación se le reconoce una rebaja del 50% de la pena partiendo de la sanción mínima prevista en la ley, para una sanción final a imponer de 2 años de prisión, a lo que se suma que el signatario del consenso se compromete a pedir perdón públicamente en la audiencia, lo que en efecto hace, y a no interferir en la vida social y familiar de la víctima.

4.- Por su parte la representante de víctimas se opone al acuerdo ya que en su criterio si la Fiscalía cuenta con suficientes elementos para llevar al acusado a juicio debe agotar dicha instancia, resultando además en el sub examine desproporcionada la rebaja de pena concedida al procesado que no se compadece al daño ocasionado por el acusado, se le está premiando con los

términos del preacuerdo, dándole la posibilidad de continuar infectando a otras mujeres.

5.- El defensor del acusado manifiesta que esos son los términos del consenso, en tanto el procesado acepta los cargos y pide perdón en la vista pública.

6.-La funcionaria de conocimiento que conoció inicialmente de esta solicitud señaló que el despacho no cuenta con los registros de la audiencia de imputación que se realizó en otra ciudad, y como debe proceder a verificar si la Fiscalía imputó dos delitos, le asisten dudas sobre los términos de la imputación y si el trámite impartido fue el correcto, ya que de haber imputado dos reatos se supone que el ente persecutor solicitó la correspondiente preclusión por el delito de constreñimiento ilegal, por lo que dispone el aplazamiento de la audiencia para verificar la evidencia y lo que fue objeto de imputación en audiencias preliminares, no obstante el señor defensor manifiesta que envió los registros de audio y tiene en su poder la copia del acta de la audiencia de imputación que podría hacerla llegar en el acto al despacho.

*7.- En continuación de audiencia virtual de verificación de preacuerdo, adelantada el **26 de junio de 2020**, un nuevo funcionario indica que tras escuchar las razones que se esgrimen a favor y en contra del consenso y manifestar que excepcionalmente según doctrina jurisprudencial procede el control material de la acusación por violación de garantías fundamentales, lo que ocurre cuando se realiza una variación de la calificación jurídica que conlleva ínsita una reducción punitiva sin que exista base fáctica que la soporte, lo cual puede generar algún tipo de yerro sobre la acusación, por lo tanto decide improbar el acuerdo al considerar que en esta oportunidad por lo menos se incurren en dos situaciones que a su juicio vulneran garantías fundamentales, y que concretamente afectan la prohibición de doble rebaja y el principio de legalidad.*

Lo primero al abstenerse la Fiscalía de acusar por el delito de constreñimiento ilegal para luego presentar en la misma audiencia un preacuerdo con el objeto de reducir la atribución jurídica que se realizó en la imputación, pues si bien puede variar la calificación jurídica esta no puede ser caprichosa, o arbitrario, yerro que no fue controlado por la funcionaria que lo precedió en la dirección del juicio, siendo claro que para que se configure el delito de constreñimiento ilegal no se exige un resultado, es un delito de mera conducta que reprocha el comportamiento de constreñir, tal como lo enseña la jurisprudencia y la doctrina, a lo que se suma el reconocimiento del 50% de rebaja vía preacuerdo, incurriendo así en un doble e ilegal beneficio a la luz de lo dispuesto en el canon 351 de la ley 906/04, e inc. 2º del art. 352 ibíd., y por un mismo aspecto nodal.

Lo segundo, porque se sobrepasa el rango porcentual de rebaja previsto en el art. 352 ibíd., según el cual, aquel no puede ser mayor a una tercera parte una vez realizada la acusación. Como fundamentos normativos y jurisprudenciales el juez singular alude a los artículos 350, inc. 2º y 4º del 351, e inc. 2º del art. 352 del Estatuto Procedimental penal, y a las sentencias de la CSJ, SP, rad. 41570 de 2013 y 44906 de 2014.

8.- La anterior decisión deja inconforme a la Fiscalía y la defensa del procesado, quienes interponen y sustentan en el acto el recurso vertical de apelación.

9.- Por su parte la representante de víctimas y el representante del Ministerio Público expresan su conformidad con lo decidido por el a quo.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

1.- El representante de la Fiscalía interpone el recurso vertical de apelación, reiterando en esencia los argumentos esgrimidos para dejar de lado el delito de

constreñimiento ilegal en la acusación, agregando que reconoce que la Fiscalía cometió un error al retirar de la acusación dicho cargo sin haber solicitado previamente la preclusión de la investigación, la que no obstante, considera, podrá tramitarse posteriormente en otra audiencia.

Aunado a lo anterior sostiene que de ello no deviene que se esté reconociendo una doble rebaja vía preacuerdo, siendo legal el descuento del 50% de pena que se ofrece por el único delito que cobija la negociación, esto es, por el reato de propagación de epidemia, de conformidad con lo dispuesto en el inc. 1º del art. 351 de la ley 906/04.

Estas en síntesis las razones para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia y se avale el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura.

2.- La defensa del procesado reclama igualmente la revocatoria de la improbación del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, por cuanto en el escrito de acusación solo se enrostró un delito en contra de su prohijado al considerar el ente persecutor que no se configuraba el reato de constreñimiento ilegal, de ahí que los términos del preacuerdo escrutado no comporten en su criterio una doble rebaja prohibida por la ley.

INTERVENCIÓN COMO NO RECURRENTE

1.- Por su parte la representante de víctimas solicita que se confirme la decisión emitida por el a quo, señalando que la Fiscalía en este caso ha cometido varios yerros jurídicos que impiden aprobar el preacuerdo, feriendo la justicia con los términos de la negociación lograda con el acusado, desconociendo de contera los derechos de las víctimas, que como en este caso se ha visto afectada con el

actuar doloso del acusado, en el que incluso se involucró a la hija menor de edad de la expareja sentimental del acusado, quien también sería víctima en este caso.

2.- A su vez el delegado del Ministerio Público indica que parte del reconocimiento que la propia Fiscalía hace de los yerros jurídicos que se cometieron en este caso, en el que surge evidente la trasgresión del principio de legalidad mediante una doble rebaja, agregando que le asiste la razón al a quo cuando sostiene que el delito de constreñimiento ilegal es de mera conducta, el cual considera se configura en este caso de acuerdo al núcleo fáctico dado a conocer por el órgano persecutor, de ahí que solo podría eliminarse dicho cargo como único beneficio, al que no se le puede sumar el descuento del 50% de pena, tal como aquí se hizo.

En consecuencia, solicita que se confirme la decisión de primer grado, aclarando eso sí, que no estuvo presente en la audiencia en la que fueron expuestos los términos del preacuerdo apelado por la Fiscalía y la defensa del enjuiciado.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

A la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía y la defensa del procesado Esnéider Hurtado Valderrama.

Así mismo debe recordar la Sala dado el carácter restringido que ostenta su competencia como juez de segunda instancia, su análisis en esta oportunidad se debe circunscribir única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente y los que resulten inescindibles al mismo, con mayor razón cuando se enfrenta a una fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso,

circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, los motivos de discusión en segunda instancia.

Ahora bien, analizados los planteamientos de la primera instancia para improbar el acuerdo al que llegaron las partes, así como los argumentos que esgrimen los censores y los sujetos procesales no recurrentes, surge nítido que el problema jurídico que en esta oportunidad se le plantea a este cuerpo colegiado no es otro distinto a determinar que el acuerdo presentado a consideración del juez de primera instancia no se aparte abiertamente de la cuestión acaecida, atente groseramente contra el principio de legalidad o vulnere garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

Planteada así la discusión jurídica, es preciso señalar que tal como lo enseña la experiencia judicial y lo plantea la propia jurisprudencia especializada, no son pocas las dificultades que la asimilación del control material a la acusación y la verificación de los presupuestos para una sentencia, bien sea los que correspondan al trámite ordinario o al anticipado, ha generado confusión sobre la manera como interactúan los fiscales y los jueces en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004.

Por lo tanto, en orden metodológico considera la Sala que conviene abordar en primer lugar el estudio de la figura de los preacuerdos, sus modalidades, lo que hace a la posibilidad de ejercer su control material por parte de los jueces, así como al proceso de delimitación de las hipótesis factuales y la calificación jurídica de los hechos en desarrollo del proceso penal de la ley 906/04, el principio de legalidad como límite infranqueable en la materia, y el porcentaje de rebaja de pena en razón de la figura de terminación anticipada elegida en esta oportunidad por las partes, para descender en segundo orden al análisis del caso concreto y su solución con base en las reglas relevantes para el efecto.

En el orden metodológico propuesto, resulta preciso recordar, y en ello la Sala ha tenido la oportunidad de reflexionar en no pocas oportunidades, que acorde a la arquitectura del modelo de procesamiento penal implantado tras la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, dicho sistema concuerda con uno de tendencia acusatoria en el que el proceso penal alcanza su máxima expresión como garantía ciudadana al agotar cada una de sus etapas en un juicio público, abierto y oral, en el que las partes puedan ejercer el contradictorio y la confrontación con inmediación de la prueba, y en igualdad de armas ante un tercero imparcial a quien le corresponde emitir una decisión de fondo, que tras superar cada uno de los estadios del proceso penal se presume justa, acertada y legal.

Sin embargo, es bien sabido que la terminación de la mayoría de los procesos por la vía ordinaria, es decir, mediante la emisión de sentencia tras un juicio oral que se desarrolle en la totalidad de sus fases o etapas estructurales, encuentra dificultades insalvables frente a la aplicación de los principios de economía procesal, eficiencia de la justicia y celeridad en los trámites, pilares de una administración de justicia célere y pronta.

En otras palabras, la terminación ordinaria de los procesos se erige como una loable aspiración de la más comprometida agenda garantista del derecho penal, que lejos está de materializarse en razón a que el sistema de justicia crece en exigencias que superan el actual aparato investigativo y judicial, por manera que con miras a lograr una administración de justicia ágil, el legislador importó figuras propias de la justicia premial que persiguen la terminación anticipada de la actuación penal en procura de una administración con altos estándares de eficiencia. De esta naturaleza participa el instituto de la terminación preacordada del proceso mediante preacuerdos y negociaciones.

Concretamente, la figura de los preacuerdos fue prevista a su vez bajo ciertas finalidades específicas, art. 348 de la ley 906/04, a saber, la de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados por la criminalidad y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, bajo un esquema de mutuas renunciaciones en el que acorde al inc. 2º del mencionado dispositivo legal, el funcionario que celebre el preacuerdo se encuentra en la obligación de observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación en la materia, así como las pautas trazadas como norte en materia de política criminal a fin de aprestar la justicia y evitar su cuestionamiento (art. 348 de la ley 906/04).

Ahora bien, la figura que viene analizándose se puede presentar en las modalidades de simple, con degradación o con readecuación típica.

Sobre la primera de ellas, esto es, la consagrada en el inc. 1º del art. 350 de la ley 906/04, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“3.2.1. Preacuerdo simple. Preacuerdo conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1º del C.P.P).

Las partes del proceso admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones en que se precisaron en la formulación de la imputación, pero se acuerda la cantidad de rebaja de pena que habrá de hacerse a la sanción impuesta, dada la fase procesal en que ese convenio se presente, además puede o no tener por objeto la negociación de subrogados o sustitutos penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación.”¹

En cuanto a la segunda modalidad, dispuesta en el mencionado canon 350 *ibíd.*:

¹ Salvamento de voto Magistrado Eugenio Fernández Carlier, Sentencia del 24 de febrero de 2016, SP2168- Rdo. 45736, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

“3.2.2. Preacuerdo con degradación. Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable pero con eliminación de una causal de agravación punitiva o algún cargo específico.

Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo del artículo 350 ídem, parte del supuesto que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o, en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia que se adicionó en la imputación, o acepte responsabilidad bajo la condición que se elimine el cargo por uno de los atribuidos.

El beneficio debe consistir en la menor pena que represente por la eliminación de una agravante o un “cargo específico” (numeral 1ª ídem).

La tipicidad que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no implica al menos la modificación de la adecuación del comportamiento en el tipo básico conforme al cargo jurídicamente atribuido en la audiencia de imputación, hay solamente una degradación por razón de una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que se acepta responsabilidad por un hurto simple cuando venía siendo indiciado o acusado por un hurto calificado, o se atenúa la participación de autor a cómplice, o la forma de conducta de dolosa a culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

En cambio, cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se han imputado varias ilicitudes y la eliminación no de todas sino de una o algunas de estas constituye el pacto, por tanto se acepta culpabilidad por los demás reatos que el convenio no suprimió pero que sí fueron registrados como imputación jurídica en la audiencia preliminar.

El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, “el imputado se declarará culpable del delito imputado”, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que surja como consecuencia de la eliminación de una agravante o cargo específico, la que es representativa de una degradación.”²

Finalmente la norma en cuestión consagra una tercera forma de preacuerdos:

“3.2.3. Preacuerdo con readecuación típica. Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable de un delito relacionado con el imputado pero de pena menor, es la modalidad de preacuerdo con readecuación típica de la conducta.

² *Ibíd.*

Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P.P. Está condicionado el convenio a que la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente “relacionada” con el supuesto de hecho esencial o la conducta óntica y que tenga “pena menor” (ante un cargo por tentativa de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación admitir un abuso de confianza calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se “tipifique” de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, lo que implica una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por el imputado, pues se indica que “el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.”³

*Adicionalmente, acorde a los incisos 2º y 4º del art. 351 de la ley 906/04, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, lo que obliga al juez de conocimiento, **salvo que desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.***

*Bajo la dialéctica descrita, de negociaciones que incluyen mutuas concesiones o renunciaciones, es claro entonces que el fiscal y el procesado a través de su defensor pueden adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el que el imputado o acusado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado y sancionado con pena menor, renunciando a su derecho a guardar silencio, y a un juicio público con el pleno de garantías (procesales y sustanciales) a cambio de que el fiscal: a) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, b) tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (art. 350 *ibíd.*), y como titular de la acción penal, renuncie a la persecución punitiva plena.*

³ *Ibíd.*

Adicionalmente, según los incisos segundo y cuarto del art. 351 de la obra instrumental penal, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, lo que obliga al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, pues si bien: “No existe previsión legislativa con carácter de mandato –imposición- al juez para que apruebe o impruebe los preacuerdos... al contrario, lo que la ley dice es que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales (Art. 351 inciso cuarto)”.

Conectado con lo dicho en precedencia, se ha reiterado que el control judicial que debe realizar el juez de conocimiento frente al preacuerdo, no se satisface con una simple revisión formal al constatar la voluntad y libertad con la que el procesado acepta los términos del consenso, pues como garante y protector del debido proceso su análisis debe ir más allá, agotando un estudio más profundo y omnicomprendido en el que se logre verificar que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente se encuentran, entre otras, el respeto al principio de legalidad, estricta tipicidad y, en general, el debido proceso.

Queda claro entonces que frente a las formas de terminación anticipada de la actuación, y en particular en casos de responsabilidad preacordada, le asiste al fallador la obligación de determinar si los términos de ese pacto logrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, con la asesoría de su defensa técnica, debidamente informado y asesorado, respetan la legalidad y no vulneren garantías fundamentales, tal como lo tiene discernido de manera pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Y es que el ejercicio del control judicial que dentro del trámite de verificación de los preacuerdos y negociaciones adelanta el juez es una clara expresión del principio

de jurisdiccionalidad procesal, que a su vez se encuentra conectado con el de estricta legalidad de los delitos y de las penas.

Parfraseando al máximo tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, este último principio “se encuentra integrado con los axiomas nulla lex poenalis sine necesítate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione, no sólo está relacionado con una reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino también “implica todas las demás garantías –de la materialidad de la acción al juicio contradictorio– como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”; línea que concuerda con una conceptualización propia de la teoría del garantismo penal.

De ninguna manera se pretende desconocer que en la dinámica procesal penal de la Ley 906 de 2004, actual ley de enjuiciamiento criminal adoptada en nuestro medio, la Fiscalía cuenta con amplias facultades para adelantar negociaciones y preacuerdos con los imputados o acusados, debidamente asesorados por sus defensores, tal como lo vienen aceptando los distintos tribunales en nuestro medio, particularmente por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Tampoco se discute que dicha facultad se encuentra asignada al ente persecutor como titular de la acción penal, y que su ejercicio resulta legítimo, siempre y cuando, y en ello se insiste, dichas negociaciones o acuerdos se ciñan a la legalidad, no comprometan seriamente y vulneren garantías fundamentales de quienes en el marco del proceso penal de corte acusatorio optan libremente por renunciar a la garantía del juicio público y oral, terminando el trámite por la vía de los preacuerdos, los cuales surgen de esta manera a la vida jurídica como

obligatorios para sus suscriptores y el funcionario que los aprueba, en lo que también es pacífica la literatura y la jurisprudencia especializada.

Huelga significar que dichas garantías se hacen extensibles a los demás sujetos procesales e intervinientes especiales, caso concreto de las víctimas, las cuales deben ser informadas y escuchadas tanto por el Fiscal en la celebración del acuerdo, como por el juez encargado de su aprobación, sin que ello suponga que aquellas puedan constituirse en talanqueras insalvables para la confección de los mismos y el avance del proceso por la senda de la terminación anticipada, pues no cuenta con un poder de veto frente a los preacuerdos, en lo que también es claro el precedente jurisprudencial.

Pues bien, autorizada doctrina y jurisprudencia han identificado en la posibilidad de adelantar preacuerdos o negociaciones uno de los rasgos estructurales, definitorios y característicos del sistema con tendencia acusatoria adoptado tras la promulgación y aprobación del acto legislativo 003 del 2002, el cual introdujo modificaciones al anterior sistema de procesamiento criminal de la Ley 600/00, predominantemente inquisitivo y escritural; por medio de los cuales, a no dudarlo, el legislador privilegia la utilización de este tipo de mecanismos con la pretensión de evitar el connatural desgaste que implica para la administración de justicia el agotar todas las instancias del juicio.

No obstante, es necesario que con miras a salvar las dificultades que en nuestro medio ha venido generando la implementación, concreción y uso privilegiado de instituciones jurídicas como la de los preacuerdos, y otras foráneas que privilegian una salida ágil, eficiente y pronta al conflicto generado con el delito, propias de una justicia premial, hoy más que nunca se requiere que la actuación del funcionario en casos de terminación anticipada del trámite no se reduzca a la de un de “simple fedatario”, y como garante del respeto de la Constitución y la ley,

vigile que los preacuerdos se sujeten a los límites fijados en el ordenamiento jurídico para su celebración.

En otras palabras, que en su celebración se respeten los derechos y las garantías fundamentales, siendo de su resorte además examinar que la aceptación de cargos sea el producto de una expresión de culpabilidad libre, consciente, exenta de vicios, debidamente informada y asesorada, y que se compruebe la existencia de un mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la materialidad y tipicidad de la conducta imputada, y que su autoría o participación en ella por parte del imputado o acusado deviene nítida, todo lo cual se desprende de los artículos 7, 8° literal i), 10, 131, 293, 327, 351, 368 inciso 1° y 2° y 381 de la Ley 906 de 2004.

Únicamente en caso de concurrir una de las referidas circunstancias invalidantes, bien porque así lo advierta el juez en su tarea de depuración, o lo demuestre otro interviniente en el proceso, deberá entonces el funcionario invalidar dicho acto y sus efectos en términos del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, pues el juez, se insiste, no es un “simple fedatario o convidado de piedra” en estos casos, y se encuentra obligado a verificar que los preacuerdos se ajusten al debido proceso, particularmente en sus aristas de tipicidad y legalidad de los delitos y las penas.

Por lo que viene de verse, surge prístino que el principio de legalidad resulta quebrantado cuando el mínimo de tipicidad no encuentra correspondencia, no se ve reflejada en el sustrato fáctico y los elementos de convicción aportados para soportar el preacuerdo logrado entre las partes.

Hechas las anteriores precisiones, vale señalar que en reciente decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual se considera referente obligado para analizar el caso sometido a estudio de esta

Magistratura, el alto tribunal reflexionó en los siguientes términos sobre el control material de los preacuerdos por parte de los jueces.

“En la decisiones CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311 y CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007 esta Sala consolidó su línea sobre la imposibilidad de que el juicio de imputación y/o el juicio de acusación atribuido a los fiscales puedan ser objeto de control material por parte de los jueces, lo que eventualmente abarcaría la verificación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336, así como la calificación jurídica por la que optó el ente acusador.

Se concluyó que en Colombia no se incluyó un control de esa índole para esos actos de parte, sin perjuicio de las labores de dirección que deben realizar los jueces, orientadas a que la Fiscalía cumpla los requisitos formales establecidos por el legislador.

En el trámite ordinario, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, en el momento en que se realizan esas actividades de la Fiscalía, no afecta de ninguna manera la función de los jueces de verificar, en la sentencia, si los cargos fueron demostrados más allá de duda razonable y si la calificación jurídica se ajusta al principio de legalidad.

En la misma línea, en los trámites orientados a la obtención de condenas anticipadas, bien por allanamiento a cargos o en virtud de los acuerdos logrados por la Fiscalía y la defensa, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena, pues ello afectaría la esencia misma de la función jurisdiccional.

Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, como lo dispone el artículo 327.

Con esta aclaración, la Sala comparte lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019 sobre las verificaciones que deben hacer los jueces para la emisión de una condena anticipada, que incluye, entre otras cosas, la constatación de que la Fiscalía sujete su actuación a la Constitución Política, a las normas que regulan este tema en la Ley 906 de 2004 y a las directrices de la Fiscalía General de la Nación.”⁴

⁴ CSJ, SP. SP2073-2020, rad. 52.227 (aprobado mediante acta N. 130 del 24 de junio de 2020), M. P. Patricia Salazar Cuellar.

Debe quedar claro en todo caso que: “la imposibilidad de controlar materialmente la acusación en el trámite ordinario es un tema sustancialmente diferente a las funciones del juez cuando debe evaluar la procedencia de una condena anticipada en virtud de un allanamiento unilateral a cargos o un acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, porque lo primero –la imputación y la acusación– corresponden a una actuación de parte, mientras que la emisión de la sentencia constituye un aspecto medular de la labor jurisdiccional (CSJSP, 11 dic 2018, Rad. 52311).

Así, en reciente jurisprudencia en la que el alto tribunal abordó el tema de los preacuerdos y de la delimitación de las hipótesis factuales y su calificación jurídica que es sabido se encuentra en cabeza de la Fiscalía, recordó que: “Si bien es cierto el juicio oral es el escenario natural para debatir ese tipo de asuntos, también lo que es que en las fases previas el Estado debe tomar decisiones relevantes acerca de las hipótesis factuales y su fundamento... Así, es claro que la delimitación de las hipótesis factuales se da a lo largo de toda la actuación, lo que se inicia con la verificación de si los hechos revisten las características de un delito (Art. 250 de la C.P.) y termina con la constatación de si la hipótesis de la acusación se demostró más allá de duda razonable, lo que es de competencia del juez al momento de emitir la sentencia.”⁵

De otra forma dicho, lo que plantea el alto tribunal es que sin desconocer las amplias facultades que dentro de la arquitectura de la ley 906/04 le son inherentes al Fiscal a la hora de lograr acuerdos con el procesado y su defensa, en todo caso le compete al juez de conocimiento corroborar si el juicio de imputación y/o acusación efectuado con base en los elementos de convicción allegados al trámite arrojan como resultado la calificación de los hechos en los términos expuestos por la Fiscalía en el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura, sin que puede

⁵ *Ibíd.*

perder de vista igualmente que: “... si el juicio de imputación y/o el juicio de acusación arrojan como resultado una hipótesis favorable en algún sentido al procesado... la inclusión de esos aspectos no constituyen un beneficio, sino la sujeción al principio de legalidad.”⁶, sin que le sea dable al fiscal inflar la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos.

*Recapitulando lo analizado en esta subsección, queda claro entonces que la jurisprudencia tiene acuñado que como regla general el juez no puede ejercer control material sobre la adecuación típica definida en los preacuerdos, como quiera que en Colombia no se ha previsto un control material de la imputación o la acusación como actos de parte que son⁷, postura que resulta consonante con que los rasgos esenciales del principio acusatorio corresponden al ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, lo que no significa que en casos de terminaciones ordinarias o anticipadas del proceso, **los funcionarios se encuentren inhabilitados para verificar los presupuestos legales de la condena**⁸.*

*Por manera que si por fuera del preacuerdo se realiza una modificación a la calificación jurídica que lleve ínsita una reducción punitiva, con claro desconocimiento de la base fáctica imputada con miras a disminuir la atribución jurídica inicialmente planteada por el ente persecutor, y a ello se le suma la rebaja de pena en virtud del consenso, emerge nítida la trasgresión del principio de legalidad y de la expresa prohibición legal contenida en el inc. 2º del art. 351 del Estatuto Procedimental Penal, tal como ocurre en el caso de la especie, en el que la situación del procesado resulta **doblemente beneficiada** con la supresión arbitraria de uno de*

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Aunque excepcionalmente debe ejercer un control material de la acusación frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes (fallo de casación CSJ, SP. Del 16 de julio de 2014, rad. 40.871).*

⁸ *CSJ, SP. SP2073-2020, rad. 52.227 (aprobado mediante acta N. 130 del 24 de junio de 2020), M. P. Patricia Salazar Cuellar.*

los delitos imputados, sin que previamente se haya solicitado y decretado la preclusión por dicha ilicitud, procediendo a reconocerle a continuación un 50% de rebaja por la aceptación preacordada de la responsabilidad penal.

Pues más allá de si le asiste o no la razón al delegado del Fiscal General de la Nación en sus apreciaciones en relación con la adecuación típica del comportamiento del agente en el delito de constreñimiento ilegal del art. 182 del Estatuto Represor, la salida jurídica para la eliminación de un cargo previamente imputado fáctica y jurídicamente es la preclusión de la investigación por dicha ilicitud, cuya aprobación está sujeta al principio de reserva judicial en la materia, y por ende no puede ser decretada arbitrariamente por la Fiscalía.

Retomando la hilatura analítica que se viene desarrollando, cabe señalar que le asiste la razón al a quo cuando sostiene que, al doble beneficio analizado se le suma el reconocimiento de un porcentaje de rebaja punitivo mayor al legalmente permitido para la etapa procesal en la que el agente aceptó los cargos vía preacuerdo, es decir, una vez presentada la acusación, con claro desconocimiento del principio de progresividad en materia de porcentajes de rebaja de pena por aceptación de cargos ya por la vía ordinaria, ora por la senda de la terminación anticipada del proceso, y de las previsiones legales y jurisprudenciales⁹ en la materia, concretamente de lo dispuesto en el inc. 2º del art. 352 de la ley 906/04, dispositivo normativo que a su letra reza:

“Art. 352. 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”.

⁹ Cfr. sentencia de la CSJ, SP. Rad. 36.502 del 5 de septiembre de 2011, M. P. Alfredo Gómez Quintero,

Sin desconocer entonces que los fiscales poseen un alto margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, previstas por el propio ordenamiento jurídico, art. 350. 351 y 352 de la ley 906/04, también lo es que en este se establecen una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal, al debido proceso y al principio de legalidad.

Por manera que al reconocer la Fiscalía al acusado y en criterio de este cuerpo colegiado, en lo que también concuerda con la primera instancia, dos beneficios mediante una calificación jurídica con claro desconocimiento de la base fáctica imputada, orientada esta última a disminuir la pena o mejorar de cualquier otro sentido la situación jurídica del enjuiciado, y una rebaja de pena por concepto de aceptación preacordada de la responsabilidad penal, por demás desproporcionada, se incurre de esta manera en una inaceptable violación al principio de legalidad en los términos analizados en cuartillas anteriores, y, de contera, del debido proceso.

Más aún, cuando si bien como titular de la acción penal la Fiscalía ha venido imputando el delito previsto en el artículo 369 del C. Penal (propagación de epidemia), no entendemos, porqué tal comportamiento, según la narración de lo acontecido, no fue imputado al tenor de lo dispuesto en el artículo 370 de la misma normativa, que se refiere a la “propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B”, siendo este tipo penal de específica o especial adecuación, como de mayor gravedad, por lo cual igualmente de esta forma se trasgrede la legalidad, la misma que debe respetar la Fiscalía en la adecuación de las conductas realizadas, pues una cosa es que el ente investigador sea dueña de

la acción penal, pero otra muy distinta que lo sea de la legalidad.

De ahí que en el marco de dicho control judicial ejercido por la primera instancia, y en su necesaria diferencia entre el control material a la acusación y las verificaciones o condiciones de verificabilidad que deben realizar los jueces para decidir la procedencia de una condena –así sea anticipada-, bajo el entendido de que esto último constituye un aspecto medular de la función jurisdiccional¹⁰, es que se observa evidente la lesión que los términos de la negociación escrutada comportan al principio de legalidad, y de contera al debido proceso, aspectos que sin lugar a dudas impiden que la voluntad de las partes prevalezca sobre la posición asumida por el a-quo de improbar el preacuerdo puesto a su consideración.

Así las cosas, y sin necesidad de mayores consideraciones al respecto, la Sala confirma la decisión apelada.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**,

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 26 de junio de 2020, improbando el acuerdo al que llegó la Fiscalía con el procesado y su defensor, acorde a los motivos expuestos en la parte considerativa de este proveído.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

¹⁰ Confrontar el análisis realizado en la sentencia SP2073-2020, rad. 52.227 (aprobado mediante acta N. 130 del 24 de junio de 2020), M. P. Patricia Salazar Cuellar, que se ha dicho constituye referente obligado en la resolución del caso sometido a estudio de esta Magistratura.

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-001-60-99166-2018-00124
Acusado: Esnéider Hurtado Valderrama
Delito: constreñimiento ilegal, propagación de
epidemia

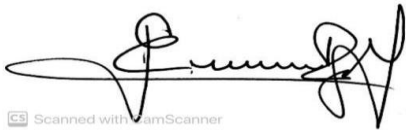
Por la Secretaría de la Sala se ordena remitir la actuación al Juzgado de origen para que continúe con el trámite de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE