

TEMA: DE LA NATURALEZA DEL AUTO QUE ACEPTA O NO LA LEGALIDAD DEL ACUERDO - De una interpretación sistemática de la normatividad procesal concluimos que este pronunciamiento es de naturaleza interlocutoria pues resuelve “un aspecto sustancial”. / **DE LA REBAJA OTORGADA EN VIRTUD DEL PREACUERDO** - Los sistemas alternativos de terminación anticipada del proceso, se convierten en un derecho de quienes son sujetos o intervinientes, si es voluntad del imputado acogerse a tales mecanismos tanto la Fiscalía como la Judicatura debe procurar su realización. /

HECHOS: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO, en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito, en virtud del preacuerdo presentado, en disfavor del señor ADVH por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Corresponde a la sala determinar, en primer lugar, si se declara desierto el recurso de apelación pues en el momento en el cual el juez aceptó la legalidad del acuerdo el representante del ente acusador no impugnó la decisión y, en segundo lugar, será objeto de análisis de la sala, si la pena impuesta al procesado en virtud del preacuerdo es desproporcionada como lo recurre el delegado del ministerio público.

TESIS: La decisión en comento tiene la virtualidad de ponerle fin al proceso, más de una manera anticipada y requiere el análisis material por parte del juez, no solo es preciso confrontar la prueba “mínima” de cargo, que no esté prohibido expresamente por el legislador el acuerdo, igual el monto permitido por el legislador, pero además es preciso que se realice por las partes y la judicatura una valoración coherente con los principios que rigen el acuerdo, también los procesales y los constitucionales. Es claro que la decisión en comento puede favorecer a unos y perjudicar a otros, en consecuencia, es preciso garantizar el principio de la doble instancia, que en nuestro medio son admisibles para los autos interlocutorios. (...) Lo ideal, y es la orientación que se le da a los juzgados de instancia, es que el auto en mención, luego de las fundamentaciones para su defensa o reproche por parte de los sujetos e intervinientes procesales, el juez con la debida carga argumentativa obre de conformidad aceptándolo o rechazándolo, para posteriormente dar la oportunidad para el ejercicio de los recursos ordinarios que deben ser presentados en esa audiencia y si se cumplen los requisitos correspondientes para la reposición, se decidirá en ese momento y si es el de apelación se enviará al superior funcional. (...) El Juez adquiere la obligación de patrocinar y promover estos métodos de solución de conflictos penales. Es como el Constituyente y el legislador pretende que la inmensa mayoría de casos puestos a su conocimiento se solucionen. Tiene que procurar el respeto de TODOS los sujetos e intervinientes, se requiere un proceso de ponderación y balanceo de intereses. Se insiste en la idea que el Juez no es simplemente un funcionario obediente a la ley, sino también es un realizador de todo el ordenamiento jurídico, administra justicia material, propugna por la igualdad material y, ahora, es factor de paz y convivencia social. (...) Resaltamos que los acuerdos y negociaciones son un instrumento fundamental para la solución de conflictos sociales y jurídicos, es desarrollo de la misma Constitución Política en donde se torna en un imperativo el hecho que siempre se deba contar con las personas que son parte del conflicto, precisamente para su solución (artículo 2 de la C. Política), aunado a que uno de los deberes de la judicatura, además de la impartición de la justicia e igualdad material -no formal-, en cada caso puesto a nuestro conocimiento, es que somos factores de paz y convivencia social, vale decir que el funcionario judicial dentro de sus múltiples funciones debe procurar y facilitar esta clase de acuerdos, debe su labor ser protagónica, obvio en la idea de procurar una armonía entre todos los intereses en juego, en especial entre los sujetos e intervinientes del proceso, como es la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la Víctima. (...) El Juez adquiere la facultad de facilitar los acuerdos, siempre dentro de los criterios moduladores como los de necesidad, ponderación, legalidad y corrección, lo

mismo que el cumplimiento de los fines que persiguen estas figuras, vale recordar la humanización de la actuación procesal y la pena, el obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales generados con el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios generados con este y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. (...) Es claro también para la Sala que los criterios que debe seguir la Fiscalía y que debe controlar el Juez dependen del caso en concreto, es una situación de valoración, pero no pueden convertirse en una camisa de fuerza, existen circunstancias particulares que imponen la modulación o relativización de una condición, que no podría tener aplicación en otro caso. Insistimos y reiteramos, que las restricciones legales son taxativas, en consecuencia, no pueden aplicarse a hipótesis no previstas en la norma, como se expuso en su momento, recordamos que la analogía en mala parte está proscrita. (...) En resumen, para la Corte, la restricción que trae el artículo 352 en consonancia con el 351 del C.P.P., sobre el momento en el cual se hacen las negociaciones y la rebaja de pena, no generan irregularidad alguna y menos que con ella se deba invalidar el acuerdo o que sea materia de nulificación, al final concluye que en eventos como en el caso que nos ocupa, no se vulneran derechos fundamentales, que tales convenios son coherentes con toda la filosofía que rige la solución alternativa de conflictos, por tanto consideró la conformidad de los mismos con el derecho.

MP. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

FECHA: 01/11/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

ACLARACIÓN DE VOTO: RICARDO DE LA PAVA MARULANDA



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA PENAL

Medellín, primero (1°) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO	ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCEDENCIA	JUZGADO 16 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE
DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del nueve (9) de octubre de dos mil veintitrés (2023), mediante Acta Nro. 066 y leído en la fecha.

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. **JAVIER ALFONSO LARA RAMÍREZ** en calidad de **DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO**, en contra de la sentencia condenatoria proferida por el doctor **NICOLÁS ALBERTO ATEHOTÚA** titular del Juzgado 16 Penal del Circuito, el 1° de marzo de 2022 por el Juzgado 16 Penal del Circuito, en disfavor del señor **ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO** por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.

2. HECHOS

Ocurrieron el 26 de abril de 2021, a eso de las 8:25 horas, en la calle 87 con carrera 49B de esta ciudad, cuando agentes de la Policía Nacional realizaban labores de patrullaje, observaron en plena vía pública a dos personas de sexo masculino que realizaban un

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

intercambio, evidenciando el momento en que uno le entrega un billete al otro y éste a su vez le entrega un cigarrillo. Al observar la policía, el ciudadano devuelve el cigarrillo y manifiesta de manera espontánea que lo estaba comprando. Le realizan un registro personal y no le encuentran nada. A la otra persona, le realizan el registro y le encuentran en los bolsillos del buso, parte delantera, la cantidad de 28 cigarrillos de marihuana con un peso total de 25.8 gramos, 24 envolturas de papel que contenían sustancia similar al bazuco y 5 tarros con tapa color violeta que contenía sustancia en polvo con características similares a la cocaína. Ambas arrojaron peso neto de 2.5 y 1.2 gramos respectivamente. También le hallaron a esta persona 10 billetes de diferentes denominaciones: 2 de \$5.000, 5 de \$2.000 y 3 de \$10.000.

3. RECUENTO PROCESAL

El 27 de abril de 2021, el Juzgado 30 Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín legalizó la captura del señor ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO y la incautación del dinero con fines de comiso. La Fiscalía le formuló imputación por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, verbo rector vender, en calidad de autor, conforme al Art. 376, Inciso 2° del C.P sin que el procesado se allanara a los cargos y le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Efectuado el reparto correspondiente, el conocimiento del proceso correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín. La audiencia de formulación de acusación fue realizada el 17 de agosto de 2021 y el 25 de noviembre de 2021, previo a la realización de la audiencia preparatoria, la Fiscalía indicó que llegó a un acuerdo con el procesado, el cual consistía en lo siguiente:

Anderson David Velásquez Henao acepta la responsabilidad por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes. A cambio de ello, la Fiscalía le reconoce, como ficción legal, la calidad de cómplice, pactando una pena de treinta y cuatro (34) meses de prisión, multa de un (1) SMLMV y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, negándose la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Dr. Nicolás Alberto Molina Atehortúa, titular del Juzgado 16 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, tras un breve recuento de los hechos y de la actuación procesal,

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

así como de señalar los términos del acuerdo celebrado, efectuó una valoración de los elementos materiales probatorios allegados, para concluir básicamente que si bien en parte le asistía razón al delegado del Ministerio Público que se opuso al acuerdo presentado en virtud del monto de la rebaja otorgada, el acuerdo había sido celebrado por personas adultas, que tenían la calidad de abogados y el procesado tenía la asesoría del suyo, razón por la que pequeños excesos en rebajas de pena en los acuerdos no podían dar lugar a nulidades o a improbaciones, ya que no era la filosofía de los artículos 348 y 351.4 del C.P.P. que buscaban humanizar la actuación procesal y la pena, pues los mismos obligaban al juez, salvo que desconocieran o quebrantaran garantías fundamentales no normas legales y el hecho de no aprestigiar la administración de justicia, no admitía la improbación del acuerdo.

Por dichas razones, condenado al señor Anderson David Velásquez Henao a la Pena de treinta y cuatro (34) meses de prisión, negando la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el delegado del Ministerio Público, Dr. Javier Alfonso Lara Ramírez, interpuso recurso de apelación. Manifestó que el motivo de inconformidad radicaba en que el A quo aprobó el acuerdo concediendo una rebaja de pena superior a la permitida en la etapa procesal correspondiente, cuando lo pertinente era no exceder de la tercera parte por encontrarse en la etapa de la audiencia preparatoria.

Efectuó una transcripción casi que literal de los argumentos que expuso el juez en la audiencia para aprobar el acuerdo e hizo referencia a amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, que en síntesis, para del delegado del Ministerio Público, precisan que el monto de la rebaja de pena aplicable debe ser el indicado para la etapa procesal respectiva, cuando la captura se dio en flagrancia.

Explica el recurrente que el artículo 27 del Código Civil preceptúa el método de interpretación gramatical, el cual fue analizado por la Corte Constitucional en sentencia C-054 de 2016 y lo declaró ajustado a la norma superior, en el entendido que estará supeditado a la Constitución, por lo que no resultará válido el ejercicio hermenéutico que, pretextando la claridad de la ley, ofrezca resultados incompatibles con los derechos, principios y valores dispuestos en la Carta Política. Preciso que la norma no podrá desconocer el principio de la supremacía constitucional

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

previsto en el artículo 4º, es decir, que no se podrán dejar de aplicar las disposiciones constitucionales.

Añadió que las normas que regulaban los preacuerdos no solamente se interpretaban en su texto literal, sino también consultaban las normas de rango constitucional y que la Sentencia SU479 de 2019 al establecer las verificaciones o control que debían realizar los jueces al momento de emitir una sentencia que apruebe un preacuerdo, se trataba de un control material o constatación de la negociación efectuada entre la Fiscalía y la defensa, específicamente, si el preacuerdo se sujetaba a la Constitución Política y las normas que la regulaban las directrices de la Fiscalía General de la Nación. De esta manera, la posible remisión hacia normas que regulaban la lesión enorme, no estarían llamadas a regular supletoriamente las negociaciones, porque se trataba de una materia que ya tenía su propia regulación.

Señaló que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP2073-2020 radicación 52227 del 24 de junio de 2020, hizo alusión a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo. Que para el presente caso, la ficción era que el ciudadano ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO habría actuado en calidad de cómplice -se aplica una norma que no corresponde a los hechos- para obtener sustancial rebaja de pena si se compara con el castigo que tendría si fuese condenado como autor. Que en este caso el monto de la rebaja no consultaba el principio de proporcionalidad, ya que entre más avanzada fuera la actuación, la rebaja debía ser menor. Dado que el preacuerdo se fraguó en la audiencia preparatoria, la rebaja no podría ser mayor de la tercera parte, sin embargo, se postuló casi la máxima de la ficción de la complicidad que era de la mitad, y en este caso, la debía ser de 42 meses y 20 días y multa de 1.33 SMLMV, obteniendo un descuento de más de 8 meses de la pena corporal de lo que debía ser permitido.

Comenta que la remisión a los principios que tratan los artículos 26 y 27 del Código de Procedimiento Penal, relacionadas con la prevalencia de las normas rectoras y los moduladores de la actividad procesal, que para la judicatura de primer grado permiten la aprobación del preacuerdo, sin embargo, bajo el prisma de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se arribaría a una conclusión diferente, en este caso de una rebaja desproporcionada frente al momento procesal que se presenta.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Solicita se revoque la sentencia del 27 de julio de 2022 en virtud de la cual se impartió aprobación al acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado, por cuanto el mismo no aprestigia la administración de justicia.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

6.1. DEFENSOR

El defensor del procesado, Dr. Gilberto Alonso García Berrío, en primer lugar, solicita se declare desierto el recurso promovido por el Delegado del Ministerio Público, en tanto dejó precluir la oportunidad legal para ello porque no se opuso al preacuerdo celebrado el 25 de noviembre de 2021 y esperó hasta la sentencia para oponerse a lo decidido por el Juez cuando no era el escenario procesal para ello.

Como segundo punto, expone que el apelante confunde la rebaja del Art. 352 que es aritmética, es decir, cuando se pacta la rebaja de la pena para la persona que no es capturada en flagrancia, con el acuerdo celebrado porque en este se reconoció la ficción jurídica del cómplice, siendo perfectamente válida la rebaja pactada ya que ni siquiera se había instalado la audiencia preparatoria para predicar que sólo podía rebajarse la tercera parte de la pena, pues era muy diferente la rebaja por preacuerdo de los Artículos 350, 351 y 352 a la rebaja del Art. 30 del Código Penal, pues el procesado acordó por la figura de la complicidad y no por un porcentaje de rebaja.

Solicita se confirme la decisión del Juez de primera instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta magistratura para desatar el recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, de conformidad con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, así como de aquellos aspectos que estén ligados inescindiblemente al tema objeto de impugnación y los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Son dos problemas jurídicos que se plantean en este caso: el primero, de orden procesal relacionado con el hecho de si se declara desierto el recurso de apelación pues en el momento en el cual el juez aceptó la legalidad del acuerdo el representante del ente acusador no impugnó la decisión; el segundo, se relaciona con la rebaja de pena que se otorgó al procesado en virtud del acuerdo celebrado con la Fiscalía y por el cual fue condenado a 34 meses de prisión al reconocérsele como ficción legal para efectos de la pena la calidad de cómplice que establece el Art. 30 del C.P. El delegado del Ministerio Público considera que la rebaja otorgada es desproporcionada, pues excede el límite previsto para la etapa procesal en la que se celebró el acuerdo, máxime que la captura se dio en situación de flagrancia y penas de esta índole no aprestigian la administración de justicia.

7.1. DE LA NATURALEZA DEL AUTO QUE ACEPTA O NO LA LEGALIDAD DEL ACUERDO.

De lo observado en este caso podemos afirmar que una vez presentado el acuerdo el juez hizo un análisis sobre el caso presentado y si bien admite algunas irregularidades en el mismo, unos “pequeños excesos”, estos no alcanzan a ser motivo de nulidad, respeta el acuerdo y los términos del mismo. Acto seguido se da la declaración de legalidad del mismo para luego pasar a la audiencia de determinación del pena establecido en el artículo 447 del C.P.P., no se dio claridad respecto a los recursos que contra dicha decisión se tenían y, obvio, no se interpusieron los mismos. El defensor afirma que al no interponerlos en su momento, la oportunidad precluyó, en consecuencia el recurso debería ser declarado desierto.

Si se repara en nuestra legislación, expresamente no se dice nada respecto al auto que acepta o no el acuerdo. Sin embargo, de una interpretación sistemática de la normatividad procesal concluimos que este pronunciamiento es de naturaleza interlocutoria pues resuelve “un aspecto sustancial”, es claro que la decisión en comento tiene la virtualidad de ponerle fin al proceso, más de una manera anticipada y requiere el análisis material por parte del juez, no solo es preciso confrontar la prueba “mínima” de cargo, que no esté prohibido expresamente por el legislador el acuerdo, igual el monto permitido por el legislador, pero además es preciso que se realice por las partes y la judicatura una valoración coherente con los principios que rigen el acuerdo, también los procesales y los constitucionales. Es claro que la decisión en comento puede favorecer a unos y perjudicar a otros, en consecuencia, es preciso garantizar el principio de la doble instancia, que en nuestro medio son admisibles para los autos interlocutorios. Si una vez de darse la oportunidad para la interposición de los recursos sin

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

hacer uso de ellos, el punto de controversia, vele decir, la legalidad o no del acuerdo, precluye la oportunidad para volver a debatir el asunto. En ese evento se le tendría que dar la razón al señor defensor.

Ahora, frente a la situación actual tenemos que si bien se cometió una irregularidad, pues no se dio la oportunidad para garantizar la segunda instancia del auto en mención, al interponerse el recuso de apelación de la sentencia y conocer de fondo de la misma, se da una situación suficiente para subsanar el defecto advertido, vale decir, en otras palabras, que en concreto se vulneró el principio de la segunda instancia al representante del Ministerio Público, pero en este momento este, al hacer uso del recurso de apelación de la sentencia y conociendo de fondo el objeto del mismo, se sana el vicio advertido.

Lo ideal, y es la orientación que se le da a los juzgados de instancia, es que el auto en mención, luego de las fundamentaciones para su defensa o reproche por parte de los sujetos e intervinientes procesales, el juez con la debida carga argumentativa obre de conformidad aceptándolo o rechazándolo, para posteriormente dar la oportunidad para el ejercicio de los recursos ordinarios que deben ser presentados en esa audiencia y si se cumplen los requisitos correspondientes para la reposición, se decidirá en ese momento y si es el de apelación se enviará al superior funcional.

Como conclusión de este apartado consideramos que si bien se presentó una irregularidad en la garantía del ejercicio de la segunda instancia, al conocer de fondo este recurso, se sana el vicio alegado. Es preciso hacer la advertencia para que en adelante se respete el mencionado derecho fundamental que se le otorga a la parte recurrente. En síntesis, el auto que aprueba el acuerdo es de naturaleza interlocutoria, contra el proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación, situación que obliga al juez a otorgar los espacios procesales en orden a que estos se ejerzan.

7.2. DE LA REBAJA OTORGADA AL PROCESADO.

La Sala, muy respetuosamente, considera que le asiste razón a al A quo, en el sentido que, del estudio del acuerdo, comparado con la legislación vigente, la jurisprudencias últimas que tratan el tema y la valoración de los principios y valores que se pretenden realizar con el mismo, este no solo no va en contra de los mismos, sino que, por el contrario, ellos se convalidan dentro del caso en estudio.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

La sala presidida por el suscrito ha sentado su posición sobre los acuerdos y negociaciones en materia procesal penal, en el caso con radicado 2018-04696, contra S.Y.F.S y A.U., delito de tentativa de homicidio, del 16-12-20, al cual nos remitimos, citamos las conclusiones correspondientes y resaltaremos los puntos que a nuestro juicio son pertinentes para la solución del presente caso además se adicionarán algunos argumentos y se resaltarán con negrilla los aspectos más relevantes. En la mencionada decisión concluimos lo siguiente:

1. **Los sistemas alternativos de solución de conflictos de manera consensuada son parte esencial y desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.** Se funda en la confianza en el ser humano para que solucione los problemas sociales y jurídicos en los que hace parte.
2. **El Juez adquiere la obligación de patrocinar y promover estos métodos de solución de conflictos penales.** Es como el Constituyente y el legislador pretende que la inmensa mayoría de casos puestos a su conocimiento se solucionen. Tiene que procurar el respeto de TODOS los sujetos e intervinientes, se requiere un proceso de ponderación y balanceo de intereses. Se insiste en la idea que el Juez no es simplemente un funcionario obediente a la ley, sino también es un realizador de todo el ordenamiento jurídico, administra justicia material, propugna por la igualdad material y, ahora, es factor de paz y convivencia social.
3. **Al ser protagonista esencial del sistema acusatorio, el Fiscal tiene que partir que su función es reglada** no es dispositivo como en otras latitudes, tiene que regirse por los principios de legalidad, objetividad y transparencia y respetar los derechos fundamentales de todos los que son parte del conflicto penal.
4. **El Juez, al ser constitucional en todos los casos que conoce, está llamado a proteger los derechos fundamentales de los sujetos e intervinientes del proceso penal, en consecuencia, el control que debe hacer la judicatura a los acuerdos es INTEGRAL y MATERIAL.**
5. **La Víctima y el Ministerio Público pueden y deben participar en todo el proceso de negociación,** se debe tener especial atención a la primera sobre todo cuando tienen una protección reforzada.
6. **El imputado tiene que ser mayor de edad, debe estar plenamente individualizado, ser imputable tanto al momento de la comisión de la conducta punible base, como del acuerdo que irá a realizar.** Los mecanismos consensuados empiezan a funcionar una vez exista la renuncia libre, voluntaria, consciente, asesorada, informada y con asistencia de defensor de su derecho de no autoincriminación y la posibilidad de renuncia de este.
7. **Como quiera que todo el sistema constitucional y, por su puesto el penal, se funda en la verdad histórica en orden a generar consecuencias jurídicas, se debe hacer control material de la prueba** en dos sentidos, el análisis de la legalidad y licitud de la prueba "mínima" que el fiscal debe allegar y reconstruir con ella el hecho -o acto- jurídico relevante para con el hacer el proceso de adecuación con la conducta punible.
8. **Establecido el núcleo fáctico de la imputación sobre este es permitido hacer supresión o reducción de cargos más favorables al imputado,** tiene que existir cierta coherencia lógica entre lo imputado y lo reducido, y es un solo beneficio el otorgable, en los demás efectos

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

jurídicos se mantiene la conducta inicialmente imputada por la Fiscalía y realizada por el condenado.

9. ***Dentro de esta lógica le está prohibido a la Fiscalía “regalar” beneficios que no tienen base fáctica. Igual, en el proceso inicial de adecuación típica, antijurídica y culpable, le está vedada la posibilidad de “inflar” los cargos, o “reducirlos” indebidamente.***
10. ***Todo acuerdo tiene que cumplir con los elementos esenciales del negocio jurídico, que los sujetos, fiscal e imputado sean capaces, que este último tenga la calidad de imputable para el derecho, debidamente identificado e individualizado, su acto de renuncia debe ser, repetimos, plenamente libre, voluntario, consciente, informado, asesorado y acompañado de su defensor. Este asentimiento es esencial para la aceptación de la conducta punible cometida y del acto que irá a aceptar junto con sus consecuencias jurídicas. La causa jurídica del acuerdo es el delito cometido que debe existir y estar suficientemente probado, el objeto jurídico será la aceptación del acuerdo, se tendrá especial cuidado que no sea de los eventos prohibidos o condicionados por el legislador.***
11. ***La Fiscalía y la Defensa, como también la judicatura, tienen la carga de demostrar que el acuerdo, individualmente considerado, cumple con los fines establecidos en el artículo 348 del C.P.P. las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal y aquellos contenidos en la Constitución Política.***
12. ***De todas maneras, aún en los eventos prohibidos por el legislador, el imputado tiene el derecho de renunciar a la presunción de inocencia, vale decir, de declararse culpable, caso en el cual, si la conducta está prohibida de hacer acuerdos, el juez impondrá la pena conforme el procedimiento ordinario sin reducción punitiva alguna.***
13. ***El acuerdo escrito y suscrito por la Fiscalía y la Defensa, debe ser conocido por todos los sujetos e intervinientes, con todo el material probatorio recolectado y presentado ante el Juez de conocimiento que citará a todos a la audiencia correspondiente.***
14. ***En el desarrollo de la audiencia correspondiente, el juez debe propiciar los acuerdos, obvio respetando los límites contenidos en la Constitución y la ley y ampliamente comentados en la presente decisión. La decisión que admite o rechaza el acuerdo admite los recursos ordinarios de reposición y apelación”.***

Resaltamos que los acuerdos y negociaciones son un instrumento fundamental para la solución de conflictos sociales y jurídicos, es desarrollo de la misma Constitución Política en donde se torna en un imperativo el hecho que siempre se deba contar con las personas que son parte del conflicto, precisamente para su solución (artículo 2 de la C. Política), aunado a que uno de los deberes de la judicatura, además de la impartición de la justicia e igualdad material -no formal-, en cada caso puesto a nuestro conocimiento, es que somos factores de paz y convivencia social, vale decir que el funcionario judicial dentro de sus múltiples funciones debe procurar y facilitar esta clase de acuerdos, debe su labor ser protagónica, obvio en la idea de procurar una armonía entre todos los intereses en juego, en especial entre los sujetos e intervinientes del proceso, como es la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la Víctima.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

En consecuencia el objetivo sustancial de los mismos es el llegar al acuerdo sin desconocer los derechos de las partes.

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

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

*Esto se desprende, entre otras normas del preámbulo de la Constitución, pues garantiza principios como la convivencia, la justicia, la paz, un orden social justo y un marco jurídico **participativo**, del artículo 1° sobre la dignidad humana y la forma de Estado **participativa**, del artículo 2° sobre el derecho a facilitar la **participación** de todos en las decisiones que los afectan, obviamente el delito es un problema del cual su autor es su protagonista y tiene derecho a participar en su solución, es ahora no solo objeto sino también sujeto del proceso. El artículo 22 sobre el derecho y el deber de ser factor de paz, es además un postulado de obligatorio cumplimiento, en otras palabras, no solo es el exigir escenarios de paz, sino también ser factor eficiente para su logro en todas las relaciones jurídicas. También encuentra respaldo constitucional en el artículo 29 sobre el debido proceso y en especial el ejercicio efectivo del derecho de defensa, que es contencioso y ahora puede ser consensuado, el artículo 95 respecto a los deberes y obligaciones de los ciudadanos (numerales 4,5,6 y 7) como el difundir los derechos humanos, participar en la vida comunitaria del país, propender por el logro y mantenimiento de la paz, colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, el artículo 250, numerales 1, 6 y 7 que habla de la justicia restaurativa y el derecho de las víctimas entre otras muchas normas. Ni se diga de los avances que se han dado en las convenciones internacionales referidas a la protección de los derechos humanos que son parte del bloque de constitucionalidad.*

Resaltamos -y reiteramos-, una de las funciones esenciales de todos, pero en especial de los jueces, de ser un factor de paz (artículo 22 de la C. P.) y convivencia social, en nuestra función debemos procurar esta finalidad basilar del Estado¹, ello sobrepasa el cumplimiento simple de la aplicación de

¹ La Corte Constitucional lo ha descrito como: “La Constitución de 1.991, que nació por la voluntad del pueblo de hacer cesar la situación sangrienta y de desorden público que viene sufriendo el país, consagró en el artículo 22 ese anhelo como un derecho constitucional fundamental: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

Este derecho se halla estrechamente relacionado con el respeto efectivo de los demás derechos iguales e inalienables de todo hombre.

No debe confundirse la paz con la simple ausencia de guerra y de sangre derramada, o con la conjuración policiva de las crisis que afectan la seguridad nacional y la tranquilidad pública. Pero la verdadera paz no puede ser definida como una mera superación de la contienda armada o como una tregua. ¹

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

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

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

una norma o la imposición de una pena, ahora el deber, dentro de las posibilidades concretas, es procurar la solución del conflicto social puesto a su conocimiento. Si comparamos las dos visiones del derecho, el autoritario en el cual el juez está solo para cumplir con la ley e imponer la consecuencia jurídica que esta contiene, y la nueva visión según la cual es más importante hacer la paz entre la víctima y el victimario, o generar canales de entendimiento entre ellos para lograr no solo la concordia, sino que no se vuelvan a cometer estas conductas y generar mejores personas en quienes fueron parte de ese caso, salvo mejor criterio, esta vía es muchísimo más civilizada y coherente con el plexo de principios y valores que trae la Constitución. Incluso, la más limitada de estas opciones que es la que el autor de la conducta punible acepte libremente su responsabilidad penal² es una alternativa más conveniente que seguir todo un proceso contencioso.

El Juez -y los demás miembros del sistema judicial- en consecuencia, tenemos el deber de patrocinar y aplicar los sistemas alternativos de solución de conflictos penales y ser factor para la búsqueda de soluciones lo más justas, pacíficas y racionales; que permitan cada vez más la posible armonía entre todos los intereses en juego, tanto del procesado sí, pero también de la víctima, la sociedad y los valores tales como la justicia material -insistimos-, la paz y la igualdad material. En su realización su actitud debe cambiar en la idea de ser más protagonista y menos formalista, más activo y menos indiferente, para el logro de estos cometidos. Además, desde el punto de vista práctico, no es sensato mantener por meses y años un caso que fácilmente se puede solucionar por estas vías. Incluso, hay que recordar cómo el reglamento de calificaciones para jueces y magistrados, promociona estas maneras de terminación consensuada de conflictos³.

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

Históricamente, estas figuras han tenido también su evolución, desde las primeras épocas en Roma y las comunidades germánicas con la “compositio”,⁴ pasando por los regímenes inquisitoriales en el cual estos sistemas de negociación se orientaban a que el procesado aceptara su culpa y se comprometiera a jamás nunca volver a cometer estas conductas, en especial ello tenía un contenido religioso y político.

Estos modelos fueron copiados y adaptados por los sistemas acusatorios anglosajones, pero con una idea más de practicidad ante la imposibilidad de dar respuesta a todos los problemas penales que se presentaban, el fiscal tiene un gran margen de acción para solucionar estos problemas y de manera

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

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

² El ideal no es que se opere como un simple negocio con espíritu utilitarista, en donde el imputado acepta su responsabilidad a cambio de una rebaja de pena, se pretende un cambio de actitud del infractor en la idea que sea mejor persona y que no vuelva a delinquir.

³ Véanse los artículos 36 y 37 del acuerdo PSAA16-10618 del Consejo Superior de la Judicatura.

⁴ Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. Ed. Temis. 1976. Bogotá. Pg 466. ARMENTA DEU, TERESA. Pena y proceso: Fines comunes y fines específicos. Dialnet. Pag. 442. MAIER, J.B.J. 2004. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. “Ed. Buenos Aires. Págs 264 y 265 (Citado por FRANCO CONFORTI. El hecho jurídico restaurable. Nuevo enfoque en derecho penal. Ed. DYKINSON. Madrid).

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

protagónica⁵. El último modelo de concebirlos es el contenido en nuestra legislación y pretende ser un factor de solución de conflictos penales, como primer cometido, se desplaza el castigo como prioridad, se reconoce la dignidad del imputado, de la víctima y la sociedad para tales efectos. Las finalidades de los otros modelos se mantienen, pero en una dimensión secundaria. Hay, en los sistemas continentales europeos, un respeto al principio de legalidad que fija marcos de acción para aplicarlos, en especial, para la Fiscalía.

Si según el cometido debatido en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, el 90% de los casos conocidos dentro del sistema acusatorio se tienen que arreglar por estos medios, esta forma de solución de problemas judiciales es prioritaria, es la regla general y de obligatoria observancia para todos los que somos parte de este sistema penal⁶. No se le puede concebir como algo excepcional o accesorio. En esto se desplaza el sistema contencioso, que obvio, no desaparece. Insistimos, este propósito impone un radical cambio de percepción del sistema jurídico penal parte de todos los que lo conforman, en especial del Juez, del Fiscal y la Defensa.

Considera la Sala que, por regla general, los sistemas alternativos de terminación anticipada del proceso, se convierten en un derecho de quienes son sujetos o intervinientes, si es voluntad del imputado acogerse a tales mecanismos tanto la Fiscalía como la Judicatura debe procurar su realización. A la vez, el Juez adquiere la facultad de facilitar los acuerdos, siempre dentro de los criterios moduladores como los de necesidad, ponderación, legalidad y corrección⁷, lo mismo que el cumplimiento de los fines que persiguen estas figuras, vale recordar la humanización de la actuación procesal y la pena, el obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales generados con el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios generados con este y lograr la participación del imputado en la definición de su caso⁸. Como se puede observar, se busca la realización de los principios constitucionales que hemos comentado. Es importante en esa labor el desformalizar las actuaciones previas al mismo en orden a obtener ese objetivo que, repetimos, es la prioridad de la actuación judicial actual, eso sí dentro de criterios de imparcialidad, racionalidad y justicia material.

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

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

Ahora, el sistema básico acusatorio tiene que adaptarse a las nuevas corrientes del derecho surgidas luego de la Segunda Guerra Mundial sobre todo frente a las formas alternativas de solución de conflictos sociales y, dentro de ellos, los penales. Se yergue por tanto el principio del consenso. Antes, el detentador del poder, bajo el esquema de derecho autoritario, a través del principio de legalidad, fijaba para los conflictos penales una declaración del mismo, establecía un límite que a la vez se

⁵ Garzón A., Londoño C. y Martínez G. Negociaciones y Preacuerdos. T.1, págs 54 y 55. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá. 2007.

⁶ Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal. Acta 25, páginas 24,26,28 y 43.

⁷ Artículo 27 del C.P.P.

⁸ Artículo 348 del C.P.P.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

convertía en una garantía del ciudadano, es decir declaraba lo que era delito y, además, imponía la pena como modelo único de solución de los problemas sociales, concebía así la manera de administrar justicia. Ese modelo hizo crisis, el sistema no pudo resolver los casos puestos a su conocimiento, es más, los agravó.

Las nuevas alternativas parten de una visión distinta: no es el que detenta el poder quien con una sola fórmula puede arreglar los conflictos que se presentan en la sociedad, son los seres humanos comprometidos en estos problemas los que tienen la primera opción de solucionarlos, este nuevo sistema parte y cree que ellos son capaces de arreglarlos, aún los más difíciles; en consecuencia, el sistema jurídico tiene que permitir que ello ocurra, con ello no se desvertebra el modelo jurídico actual sino que, por el contrario, lo complementa y lo refuerza. Obvio que, si no hay voluntad de recurrir a estos modelos, se aplica el régimen ordinario.”

Ahora, en el caso concreto, la pregunta obligada es si se aplica lo dispuesto en el artículo 352 del C.P.P., que a la letra dice:

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

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

La norma en comento reduce el monto de la rebaja a 1/3 parte luego de realizada la acusación y hasta el momento en que el procesado es interrogado sobre su responsabilidad al iniciar el juicio oral, aclaramos que esta rebaja tiene aplicación, por la misma imposición de esa norma, a los eventos establecidos en el artículo 351 del mismo estatuto procesal, vale recordar, un **allanamiento a cargos en la imputación**, o, también, se puede acordar los hechos imputados y sus consecuencias. Se ha entendido que es solo una única rebaja punitiva. **Obvio, como son normas restrictivas de derechos fundamentales, estas no pueden ser extendidas de manera analógica en mala parte a otras hipótesis, menos el generalizar estas restricciones a otras modalidades de los acuerdos y negociaciones.** Aclara la Sala que si se aplican las normas referidas, artículos 351 y 352 del C.P.P., en esas hipótesis tienen sentido las restricciones punitivas por la etapa procesal en que se realizan, a contrario, si no se dan esas hipótesis, no se deben tener en cuenta las mencionadas rebajas por el momento procesal en que se presentan.

Una interpretación coherente con lo anteriormente dicho impone que la restricción de que habla el artículo 352 del C.P.P. solo es aplicable a las hipótesis a las que este remite que es a lo dicho en el artículo 351 del mismo código. Es aquella norma que habla que los acuerdos

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

se presentarán **“en los términos previstos en el artículo anterior”**. Hay una correlación entre los artículos 351 y 352 del C.P.P., si se observa con detenimiento es una norma que restringe derechos y rebajas punitivas al procesado, en consecuencia, su interpretación tiene que ser taxativa, no puede ir más allá de su concreto contenido. Existen otras modalidades de negociación que no están incluidas en estas normas, que son más flexibles y permiten rebajas punitivas mayores para el procesado. **En especial son las hipótesis contenidas en el artículo 350 del C.P.P., para nuestro caso es el “tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena”**, es simplemente aplicar la rebaja punitiva de la complicidad, pero solamente para ello. Resaltamos y repetimos que es el mismo legislador el que permite esas modalidades de negociación que eventualmente superan más del 50% de rebaja.

Por otro lado, es pertinente aclarar la afirmación según la cual el máximo posible de rebaja por los acuerdos es el 50%. Lo primero a decir es que existe un problema estructural que hace difícil una solución coherente, ello puesto que nuestro sistema punitivo es de lo más descontextualizado y asistemático, cada 4 meses, en promedio, se expide una ley con incidencias penales a más de aquellas que restringen derechos fundamentales, ello hace que en la práctica su aplicación resulte abiertamente desproporcionada. Otro gran problema estructural tiene que ver con la misma regulación de la figura de los acuerdos y negociaciones que no consulta nuestras propias realidades y, al procurar aplicarlas en los casos prácticos, se generan graves problemas ya sea por exceso -la mayoría de las veces- o por defecto.

Ahora, una cosa es que nosotros, como intérpretes judiciales, quisiésemos que se presente claridad sobre los límites temporales de las rebajas lo mismo que los parámetros más claros sobre la movilidad de los sujetos e intervinientes respecto al alcance de estas formas de terminación del proceso, otra muy distinta **es que es el mismo legislador, que en su respetable criterio, permite el otorgamiento de rebajas por montos superiores al 50%**, en esos casos, por más desproporcionados que puedan ser, no podemos sino acatar la voluntad de este poder público, más cuando en sí mismos tales rebajas contienen derechos para el procesado que actúa como la parte más débil de la relación jurídica. Todo el plexo de principios jurídicos frente al derecho penal imponen el imperativo de favorabilidad para el procesado, por ello se dice que las normas restrictivas de derechos son taxativas y las que los conceden se puede extender su interpretación, es válida la analogía “en buena parte”, o, incluso, el hacer interpretación benigna, pero en modo alguno, repetimos, puede operar la analogía en mala parte en materia penal, son claros los artículos 6 del Código Penal, o los

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

artículos 43,44,45,46 y 47 de la ley 153 de 1887, son armónicos con el artículo 29 de la Constitución Política sobre la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal. En otras palabras, si el legislador es el que permite reducciones punitivas por acuerdos por más de un 50%, no puede el intérprete restringirlos a ese monto.

Vale recordar, a manera de ejemplo, los siguientes casos: 1.- El legislador permite acordar un delito relacionado con pena menor, por ejemplo de extorsión (art. 244 del C.P.) a constreñimiento ilegal (art. 182 del C.P.), la pena para la primera conducta oscila entre 192 a 288 meses, la segunda conducta oscila entre 16 a 36 meses, es posible una rebaja de hasta el 91% de la pena.

2.- El legislador permite que se elimine alguna causal de agravación punitiva, por ejemplo, del hurto calificado (art. 241 del C.P.) frente al hurto simple (artículo 239 del C.P.), la pena de la primera conducta oscila entre 72 a 168 meses de prisión, la segunda conducta tiene una pena de 32 a 108 meses de prisión, es posible una rebaja de hasta el 55% de pena. Igual situación ocurre con el hurto agravado que puede reducirse la pena de un 50% a un 75%, o de las agravantes de la estafa del artículo 247 del C.P., respecto al delito base, artículo 246 del C.P., es posible una rebaja superior al 50%. También es usual ver que en el delito de concierto para delinquir agravado que tiene una pena de 8 a 18 años, mientras que el secuestro simple tiene una pena de 48 a 108 meses de prisión, también es posible una reducción mayor del 50% de pena. Con mayor claridad se puede observar las causales de agravación de estas mismas modalidades delictivas y que está contenida en el artículo 344 del C.P., la pena oscila entre 192 a 360 meses, perfectamente se puede reducir la conducta a concierto para delinquir simple, sería el 75% de pena reducida.

3.- También el legislador permite la supresión de algún cargo específico, como en el caso del concurso de conductas punibles el excluir uno de los delitos. En estos casos, eventualmente la negociación logra suprimir la pena en más del 50%, otra cosa es que, en el proceso de valoración, esta resulte injustificadamente desproporcional. Casos como el exceso de legítima defensa, o de marginalidad, o de ira e intenso dolor, o causales específicas de agravación punitiva, son perfectamente aplicables. Citamos, a manera de ejemplo un caso reciente en que la Corte Suprema de Justicia avaló un acuerdo en que se reconoció la marginalidad, para efectos de la asignación de la pena (SP 4225 de 2020, R. 51478. DEL 21-10-20), figura a la análoga a la que ocupa nuestra atención. Todo lo anterior para concluir que es la misma legislación y la jurisprudencia la que admite negociar incluso más de la mitad de la pena

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

asignable por la comisión de la conducta punible, en consecuencia, le es prohibido al intérprete reducir estas posibilidades que, en el marco de la negociación, se tornan en un derecho.

4.- El legislador permite tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena contenida en el numeral 2° del artículo 350 del C.P.P., que consideramos es la causal aplicable, nótese que no es el caso en estudio un allanamiento, ni tampoco una supresión de hechos imputados y sus consecuencias, lo que se pretende es tipificar la conducta de una forma específica **“con miras a disminuir la pena”**. En otras palabras, lo que se busca con este acuerdo es en primer lugar el mantener los hechos y las conductas imputadas al igual que los hechos jurídicamente relevantes tal como se cometieron, pero, en segundo lugar, **solamente para efectos punitivos**, reconocer la aplicación de una figura jurídica determinada en aras a la reducción de la pena, vale reafirmar, la reducción de pena de la complicidad.

Es la misma Corte Suprema de Justicia la que desde la sentencia SP2073 del 24-06-20, Radicado 52227 con ponencia de la Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR, reconoce esta clase de acuerdos y los valida en orden a hacer operativos los acuerdos y la aplicación de estas reducciones de penas sin que se haga modificación a la conducta realmente cometida. Así razonó la corporación:

“6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo.

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

*Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, **tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice.** Así mismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.*

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

*En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) **la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja**; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”*

Ahora, es claro también para la Sala que los criterios que debe seguir la Fiscalía y que debe controlar el Juez dependen del caso en concreto, es una situación de valoración, pero no pueden convertirse en una camisa de fuerza, existen circunstancias particulares que imponen la modulación o relativización de una condición, que no podría tener aplicación en otro caso. Insistimos y reiteramos, que las restricciones legales son taxativas, en consecuencia, no pueden aplicarse a hipótesis no previstas en la norma, como se expuso en su momento, recordamos que la analogía en mala parte está proscrita.

En conclusión, todas las anteriores hipótesis no solo están permitidas por el legislador, no están incluidas en la norma restrictiva de los artículos 351 y 352 del C.P.P. y permiten una reducción punitiva igual o superior al 50% de la pena.

Con este mismo argumento de la aplicación taxativa de las causales restrictivas de derechos fundamentales se responde el argumento de la situación de flagrancia que se alega, fija un límite a la reducción punitiva, sin desconocer que tal norma, a pesar de haber sido declarada exequible por la Corte Constitucional, no responde en la práctica al discurso de Estado Social y Democrático de Derecho, lo cierto es que esta norma remite a la aplicación del artículo 351 del C.P.P., no la extiende a otras hipótesis factuales, en consecuencia, al no estar contemplada la presente situación en tal supuesto de hecho, esta restricción no es aplicable.

Ahora bien, consultada la jurisprudencia al respecto de la solución de este punto, dentro de lo investigado, se tiene que en concreto la Sala Penal de la Corte no se ha adentrado a tratarlo puntualmente; sin embargo, han sido varias las decisiones que han conocido de casos como el presente y que la mencionada corporación los ha avalado, no observó glosa alguna al

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

respecto y tampoco comentario peyorativo de acuerdos presentados en instancias posteriores a la formulación de acusación que reconocían más de la tercera parte de rebaja punitiva. En otras palabras la corporación frente a esas situaciones no consideró que fuesen nulas, que vulneraran derechos fundamentales o que fuesen contrarios a la sistemática de los acuerdos y negociaciones; en todas ellas convalidaron la actuación de la Fiscalía y la Judicatura, incluso en casos bastante llamativos, la alta corporación no invalidó la actuación, sabiendo además que oficiosamente lo puede hacer. Citamos los siguientes pronunciamientos:

1. En el auto AP 2883 de 2020. R. 54694 del 21 -10-20, la Corte al conocer de la negativa de improbación de un acuerdo presentado por la Fiscalía en la que se juzgó a un Juez de Control de Garantías, se debatió la manera como se había realizado la reducción punitiva, **el acuerdo se presentó luego de formulada la acusación. Respecto al problema de la instancia procesal no se hizo objeción alguna**, sí en cambio en la manera como se hizo el proceso de dosificación punitiva del concurso de conductas punibles para llegar al acuerdo. **La corporación no hizo glosa alguna frente al monto de la rebaja ni al momento procesal en que se hizo.**
2. En la sentencia SP 4225 de 2020. R. 51478 del 21-10-20, **se juzgó un caso ocurrido en Medellín, se presentó el acuerdo al inicio del juicio oral, e incluso se reconoció el estado de marginalidad, solo para efectos punitivos, no se hizo mención a lo dispuesto en el artículo 352 del C.P.P. También en ese caso la Corte no hizo reproche alguno a pesar de lo generosa de la rebaja.**
3. En la sentencia SP 3738 de 2021. R. 57905 del 25-08-21, se juzgó a un juez laboral que realizó varios prevaricatos y a la vez peculados, **en el momento de la audiencia preparatoria se cambió el objeto de la misma para efectuar un acuerdo**, se controvirtió la figura del reintegro del artículo 401 del C.P., **respecto a la restricción que es materia de la presente discusión la corporación no dijo nada.**
4. En la sentencia SP 2446 de 2021. R. 54377 del 16-06-21, **se presentó el acuerdo luego de radicado el escrito de acusación**, la Corte reconoció un error en el acuerdo que favoreció los intereses de los procesados, al final el cargo indebidamente realizado fue el de concierto para delinquir simple, cuando la conducta realizada era agravada,

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

al final concedió el subrogado a los imputados. **Sobre la aplicación del artículo 352 del C.P.P., no manifestó nada al respecto.**

5. En la sentencia SP 1288 de 2021. R. 53718 del 14-04-21, **se presentó un acuerdo luego de presentado el escrito de acusación en el cual a varios imputados se le suprimía a uno la agravación del concierto para delinquir, a otros se les reconoció la calidad de cómplices para efectos penales, sobre este punto no se hizo glosa alguna.**
6. En la sentencia SP 359 de 2022. R. 54535 del 16-02-22, **la Corporación conoció un caso de Itagüí, que se seguía por el delito de porte ilegal de armas, en la audiencia preparatoria se presentó un acuerdo en el que solo para efectos penales se asimilaba la reducción punitiva a la calidad de cómplice. Se discutió lo referido a la pertinencia del subrogado, si era la pena del delito original o del cómplice de la conducta. La Corte dice que se tiene en cuenta la primera de las conductas, no se mencionó nada respecto a la restricción del artículo 352 del C.P.P.**

7. DE LA RECIENTE DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL.

Con ponencia del magistrado GERSON CHAVERRA CASTRO, el 10 de mayo del presente año, la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia SP 189-2023. Radicación 54084. En esa decisión se conoce un caso presentado en el municipio de Maceo- Antioquia, en el que se juzga a una persona que hirió de muerte a otra con cuchillo, fue imputado por homicidio agravado, en un momento se le cambió la agravante, sin embargo, una vez convocada la audiencia de juicio oral se llegó a un acuerdo en donde el procesado aceptaba su responsabilidad por el delito objeto de acusación y se le reconocía la atemperante del intenso dolor del artículo 57 del C. Penal. La pena impuesta fue de 90 meses de prisión. Resaltamos que la rebaja fue muy considerable. La pena oscilaría entre 400 a 600 meses de prisión, la rebaja producto de la negociación se redujo por mucho más del 50%. No juzgó relevante el momento procesal en que se realizó la negociación. El representante de víctimas considera la sanción como injusta tanto por el monto de la rebaja, como por la instancia en que se presentó el acuerdo. La Corte analizó nuevamente el alcance del control material, en gran parte fundamenta su decisión en la sentencia de la misma corporación identificada con el radicado

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

42184 de 2014 y concluye que en ese caso no se vulneran las garantías fundamentales, al final no casa la sentencia.

Frente a la revisión del acuerdo presentado y la legalidad del mismo concluye lo siguiente:

17. La Corte asintió que el contenido del preacuerdo en dicho caso y el beneficio concedido al procesado se encontraban dentro de aquellos supuestos que la jurisprudencia había admitido en el rango de “reconocimiento de atenuantes”, preservándose a su vez lo esencial del principio de legalidad, bajo el entendido según el cual “ningún imperativo constitucional o legal obliga a que el Fiscal encuentre demostrada la causal de atenuación punitiva otorgada al acusado en contraprestación a su aceptación de responsabilidad penal en el delito”.

Sin que ello implique desde luego contravenir hermenéutica propia vigente para el momento en que en este proceso se presentó el acto jurídico de preacuerdo y con base en la cual se emitieron correspondientemente las sentencias en sus dos instancias, en tanto la Sala, conforme quedó reseñado, avaló tal instrumento jurídico como antecedente válido del fallo; es lo cierto que con posterioridad los estándares jurisprudenciales para hacer viable esta clase de decisiones complejas, han precisado que la Fiscalía debe dar a los hechos la calificación jurídica que les corresponda sin soslayar el núcleo fáctico determinante de una correcta adecuación típica (imputación fáctica y jurídica circunstanciada), para lo cual debe contar con respaldo razonable en las evidencias físicas y demás información.

En tal dirección, esto es, cotejando el caso concreto con dichos cualificados parámetros condicionantes, como se verá, los antecedentes de este asunto permiten arribar a la conclusión que tanto el preacuerdo como la sentencia proferida con base en el mismo, no son susceptibles de reparo alguno para ser descalificados desde la perspectiva de su estricta legalidad, conforme ha procedido el apoderado de víctimas.

19. Conocidos los antecedentes de este caso, que permiten constatar la existencia de respaldo razonable en las evidencias físicas y demás información acreditada en relación con la eventual concurrencia de circunstancias capaces de hacer sustentable como hipótesis factual en orden a su reconocimiento por vía del preacuerdo la atenuante por intenso dolor, sin que la misma conlleve por ende transgredir los límites de la fiscalía para su admisión por no configurar en dicha

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

medida una concesión desmedida o desproporcionada y absolutamente carente de material fundamento; ningún reparo sobre este particular emerge fundado por parte del impugnante, pues por el contrario, satisfechos los presupuestos que condicionaban la viabilidad del pacto celebrado entre fiscalía y procesado, atendida de una parte la jurisprudencia con base en la cual se produjo, pero aún bajo los nuevos estándares fijados por esa misma doctrina, surge evidente su poder vinculante, pues no resulta desconocedor de las garantías fundamentales.

En resumen, para la Corte, la restricción que trae el artículo 352 en consonancia con el 351 del C.P.P., sobre el momento en el cual se hacen las negociaciones y la rebaja de pena, no generan irregularidad alguna y menos que con ella se deba invalidar el acuerdo o que sea materia de nulitación, al final concluye en todos los casos antes citados que en eventos conocidos en dichas citas, como también en el caso que nos ocupa, no se vulneran derechos fundamentales, que tales convenios son coherentes con toda la filosofía que rige la solución alternativa de conflictos, por tanto consideró la conformidad de los mismos con el derecho.

Ahora, frente a la valoración del acuerdo en relación con los fines de los mismos, la Sala no encuentra objeción alguna, el bien jurídico afectado es la salud pública, la sanción en sí la consideramos suficiente, el conflicto presentado se ha solucionado de manera satisfactoria, las partes estuvieron presentes y participaron activamente en la solución del mismo al punto que no se opusieron al acuerdo, esta solución al cumplir con las mencionadas finalidades es sin duda mucho más humana que la pena que originalmente está dispuesta para el infractor de la ley penal. Así mismo, poniendo en la balanza el tema de proporcionalidad, el daño causado y la sanción misma, esta se compadece con aquel y cumple la función para la que fue instituida.

En conclusión, los artículos 351 y 352 del C.P.P. no se aplican para el caso concreto, hacerlo sería aplicar la ley restrictiva a supuestos no contemplados en la norma, sería aplicar analogía en mala parte, a más que el supuesto de hecho está contenido en otra norma legal que sí permite la reducción superior a la 1/3 parte de la rebaja de pena. Tanto la ley penal como la jurisprudencia de la Corte Suprema, Sala Penal, ha permitido esa clase de acuerdos, no ha hecho objeción alguna respecto a la reducción de penas mayores a la tercera parte en ese momento procesal, a más que valorativamente el acuerdo está conforme con los fines que pretenden esta clase de negociaciones, con esta decisión no se desprestigia la administración

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

de justicia, por el contrario, la legitima, al final la sanción es proporcional por la vulneración del bien jurídico protegido. Por tanto, se confirmará la sentencia objeto de apelación.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por las consideraciones expuestas anteriormente. La carpeta será enviada al Juez de instancia para que prosiga las actuaciones consecuentes con la presente decisión.

SEGUNDO: En contra de esta decisión procede el recurso extraordinario de casación. Copia de este pronunciamiento será enviado al Juez de Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERADO
Magistrado
(Con salvamento de Voto)



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado.
(Con aclaración de voto)

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA PENAL

RADICADO	05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO	ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCEDENCIA	JUZGADO 16 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE
DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto de siempre, en esta ocasión me permito manifestar que no estoy de acuerdo con la decisión de la Sala Mayoritaria que confirmó la aprobación del preacuerdo celebrado entre el procesado y la Fiscalía.

Mi inconformidad se centra, al igual que la del señor agente del Ministerio Público, en la abierta violación a la regla establecida en el artículo 352 procesal que señala, sin dubitación alguna, que se pueden celebrar preacuerdos después de formulada la acusación, pero que la rebaja punitiva que se pueda obtener no puede ser superior a la tercera parte y en este caso superó en mucho ese baremo.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Manifiesta la Sala Mayoritaria que la regla del 352 solo aplica para los casos de allanamientos a cargos o, entiendo, cuando el preacuerdo se basa estrictamente en una rebaja cuantitativa de la pena; pero que no es aplicable para los casos en donde el objeto del convenio es degradar de cualquier forma la conducta a efectos de obtener una rebaja más benigna -como puede ser eliminar cierto delito, conceder una atenuante punitiva o eliminar una agravante-, porque en los mismos lo que se haría es aplicar una analogía *in malam partem* prohibida por nuestro ordenamiento jurídico penal.

Adicionalmente, para sustentar dicha tesis la Sala trae a colación varias jurisprudencias de la Corte, especialmente la muy nueva sentencia SP-189-2023, Rad. 54084, en donde esta Corporación de una u otra manera ha avalado rebajas por encima del 50% en procesos en donde ya se ha formulado oralmente la acusación.

Creo que la pésima redacción legislativa del capítulo de justicia premial en nuestro código de procedimiento penal desafortunadamente ha dado pie a un sinnúmero de divergencias en su interpretación lo que ha generado inseguridad jurídica y caos, de lo cual no se salva la Sala de Casación Penal, la cual hasta el año 2019 venía manejando una jurisprudencia pacífica al respecto; pero que después de la expedición de la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional ha decidido plegarse a esa doctrina y ha creado nuevas reglas que son bastante problemáticas, en mi criterio, tal como se planteará más adelante.

No obstante, si es oportuno advertir que la aplicación del artículo 352 realmente no ha sido objeto de un estudio concreto por parte del Tribunal de cierre en lo penal, por lo que las varias jurisprudencias, incluida ahí la y referida SP-189-2023, que trae esta Sala no son más que, si acaso, *obiter dictum* que no son vinculantes para los operadores jurídicos.

Pero bien, en punto a lo planteado por la Sala, el suscrito no comparte el criterio de que en el artículo 351 solo se prevea reglas para los allanamientos y eso por una elemental hermenéutica gramatical o literal:

ARTÍCULO 351. MODALIDADES. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal y el imputado **llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias**. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, **los preacuerdos** deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar **de los preacuerdos** entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Como se puede observar, el artículo 351 tiene más reglas frente a los preacuerdos que frente a los allanamientos por lo que las establecidas en el artículo 352 realmente lo son con exclusividad para los preacuerdos, peor aún si así lo establece de manera textual:

ARTÍCULO 352. PREACUERDOS POSTERIORES A LA PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN.

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

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

No entendemos, entonces, porqué la Sala Mayoritaria dice que aplicar el art. 352 respecto de los preacuerdos es una analogía *in malam partem*, cuando de lo descrito ello no tiene lugar por ningún lado.

Por último, no estamos de acuerdo con la afirmación de que el mismo ordenamiento procesal penal autoriza, vía preacuerdos, rebajas después de formulada oralmente la acusación por encima de una tercera parte y para ello se hace referencia al artículo 350 procesal, porque en dicha normatividad se trae unos límites temporales demasiado precisos: “Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación...”, en donde se podría decir, que hay un buen margen de negociación para las partes en tanto pueden convenir significativas rebajas, que eso sí no superen el 50% tal como más adelante se explicará, lo cual se acompasa de manera perfecta con las limitantes del art. 352, que no son otra cosa que la expresión clara y categórica de los principios de progresividad y proporcionalidad que irradian a toda la justicia premial.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Es cierto, que tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2019 variaron sustancialmente las reglas definidas para los preacuerdos y negociaciones e incluso al parecer esta última avala, por lo menos de manera tácita, el hecho de que después de formulada la acusación se puedan pactar rebajas punitivas superiores a la tercera parte, pero frente a ello tenemos respetuosos, pero profundos reparos que a continuación enunciamos *in extenso* para un mejor y cabal entendimiento de nuestra posición:

7.1 Las reglas que rigen actualmente para la celebración de los preacuerdos en el sistema jurídico colombiano

Para abordar el asunto, lo primero que debe destacarse es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte Constitucional, con asidero en nuestra nueva normativa procesal penal, construyeron un fuerte precedente jurisprudencial en torno al diseño del nuevo esquema procesal, lo que tiene incidencia directa en los roles que las partes e intervinientes procesales tienen en el mismo y a su vez ha servido de parámetro para desarrollar las diversas instituciones de justicia premial, como es el caso de los preacuerdos, que es lo que hoy concita la atención de la Sala.

Ya desde el año 2005, la Corte Constitucional al sentar las bases del nuevo modelo procesal que se había implementado en Colombia a raíz del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, estableció que como el nuevo procedimiento tiene una marcada tendencia acusatoria, el mismo se caracteriza por una estricta distribución y división de roles entre la Fiscalía, la defensa y el juez, lo que da lugar ciertamente a un proceso adversarial en donde la primera tendrá de manera exclusiva la titularidad de la acción penal, es decir, *el poder requirente* o la facultad de acusar, la defensa por su parte tendrá todas las posibilidades fácticas y jurídicas de ejercer la oposición a la acusación

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

por medio de su *facultad defensiva*, a la vez que el juez, ubicado en el centro de este cuadrilátero dialéctico ejercerá la *función jurisdiccional* de decidir el conflicto, acogiendo con absoluta objetividad e imparcialidad una de las pretensiones de los litigantes enfrentados en igualdad de condiciones⁹

En razón de esa diferenciación de roles, al Fiscal se le había reconocido total autonomía para hacer la adecuación típica de la imputación y de la acusación y por esa misma vía la de los preacuerdos; sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-1260 de 2005, estableció una importante subregla al indicar que la Fiscalía en uso de esa función acusadora no podía crear tipos penales y por ende el juicio de imputación estaba sometido a los principios de objetividad y legalidad; es decir, que aquella, cuando se disponía realizar el ejercicio de subsunción normativa de los hechos delictivos, debía proceder de la manera más razonable y objetiva posible, es decir, solo imputar lo que se encontraba debidamente acreditado para ese momento.

De ahí, entonces, que esa total autonomía que tenía la Fiscalía para hacer la adecuación típica solo tenía como limitante el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por lo que el Ente de instrucción para el respectivo ejercicio de subsunción normativa no podía desconocer el núcleo esencial de los hechos.

No obstante lo anterior, respecto de esa función de la Fiscalía y la labor de control del juez al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia no ha sido consolidada y pacífica en tanto, a lo largo del sistema, ha dado espacio a tres posturas:

En un principio esa alta Corporación optó por indicar que el control que podía hacer el juez sobre la imputación, la acusación, preacuerdos

⁹ Corte Constitucional, sentencias C-591 y C-592 de 2005

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

y allanamientos, era netamente formal, pues consideraba inconveniente e ilegal que el juez pueda tener injerencia directa sobre la facultad requirente de la Fiscalía, señalando que permitir tal actuar del funcionario judicial sería tanto como atribuirle facultades de parte dentro del proceso y autorizar que este tomara partido sobre la teoría del caso del Órgano Persecutor. En consecuencia, para preservar esa separación de funciones y el principio acusatorio que permea el actual sistema penal, imposibilitó cualquier tipo de control material.

Fue así como la Corte Suprema señaló que cualquier intromisión del juez en tal atribución so pretexto de control material de la acusación, era un desbordamiento inaceptable de sus funciones legales y constitucionales, lo cual incluso podía dar lugar a un amparo constitucional por una clara vía de hecho del funcionario judicial que así actúe.¹⁰

Bajo esta línea de pensamiento, se dispuso que el juez, sea de garantías o de conocimiento, le quedaba vedado ejercer control material sobre la imputación o la acusación de la Fiscalía, como de igual manera sobre los allanamientos a cargos o los preacuerdos, bajo el entendido, suficientemente elucidado, que la adecuación típica de los hechos como elemento de pretensión de la Fiscalía, es algo que le corresponde con exclusividad a este órgano de persecución penal, en tanto, que se trata de un acto de parte, y aquella, por mandato constitucional, es la titular del *ius puniendi* estatal.

Sin embargo, esa postura fue variada posteriormente por la misma Corte, quien indicó que debía propenderse porque el juez tuviera amplias facultades respecto de la labor de la Fiscalía y en ese sentido se autorizó un control material más o menos fuerte de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso¹¹.

¹⁰ Al respecto, confrontar solo a manera de ejemplo decisiones radicadas: 29994 de julio 2008, 38256 de 21 de marzo de 2012, 37951 del 19 de junio de 2013, 41375 del 14 de agosto de 2013 y 39886 de 16 de octubre de 2013.

¹¹ Radicados 27759 del 12 de septiembre de 2007 y 31280 del 8 de julio de 2009.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

A través de esta línea de pensamiento señaló que la labor de la Fiscalía al interior del proceso penal, concretamente la formulación imputación, acusación o celebración de preacuerdos, debía estar efectivamente controlada por el juez en razón del principio de justicia material, proporcionalidad, legalidad y función jurisdiccional, lo que permitió un grado de intromisión profundo del funcionario judicial en la acusación y los acuerdos.

Esta posición fue morigerada, surgiendo una tercera línea, a través de providencias posteriores¹², en las cuales se indicó que ese control material operaba única y exclusivamente de manera excepcional, en tanto al funcionario judicial se le autorizaba hacer un auscultamiento más profundo de la imputación, acusación y preacuerdo, solo cuando evidenciara una violación flagrante de garantías fundamentales.

Esta línea fue la que se ha mantuvo vigente hasta hace poco y en síntesis traduce que, por regla general, el juez no puede hacerle control material a la adecuación típica propuesta por la Fiscalía, salvo que se trate de una verdadera **vía de hecho**, por lo cual, en tratándose específicamente de los preacuerdos, el juez solo es competente para verificar que el pacto fue producto de la voluntad libre, consciente e informada del procesado y que con el mismo no se afectaron garantías fundamentales.

Para delimitar cuando hay una vía de hecho, la Corte ha establecido varias subreglas, entre las cuales está la de que la Fiscalía para entrar en negociaciones con la defensa debe partir de una tipificación objetiva, real y circunstanciada de la conducta delictual que investiga,

¹² Radicados 40871 del 16 de julio de 2014, 41570 del 20 de noviembre de 2013, 39892 del 6 de febrero de 2013, 42452 del 1 de octubre de 2014, 42184 del 15 de octubre de 2014, 43436 del 28 de octubre de 2015, 45594 del 5 de octubre del 2016, 52311 del 11 de diciembre de 2018, 51007 del 5 de junio de 2019 y las sentencias de tutela 69478 del 24 de septiembre de 2013 y 70392 del 13 de noviembre de 2013.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

para luego si optar por cualquiera de las alternativas que permite el artículo 351 procesal.

Empero, es lo cierto que a partir de la sentencia de unificación SU-479 de 2019 y las sentencias 52227 y 50659 de 2020, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de justicia, cambiaron nuevamente el rumbo de sus precedentes frente a los preacuerdos, asumiendo ahora un control material fuerte y una visión totalmente novedosa de la justicia premial, como se verá a continuación:

En la referida sentencia SU-479 de 2019, la Corte Constitucional replanteó toda la institución jurídica de los preacuerdos que hasta ese momento había sido delineada por la Corte Suprema de Justicia y estableció para las negociaciones de la Fiscalía un control material fuerte advirtiendo que toda las modificaciones que sobre los hechos y la calificación jurídica se hiciera por la Fiscalía en virtud de un preacuerdo, debían tener soporte probatorio, pues de no contar con dicho sustento, se vulneraba el debido proceso, los derechos de las víctimas, se desprestigiaba a la administración de justicia y no se optaba por una solución adecuada de los conflictos sociales.

Adicionalmente esa alta Corte, indicó que las circulares de la Fiscalía General de la Nación eran fuente normativa dentro del proceso penal y por ende debían ser acatadas por todas las partes e intervinientes procesales e, incluso, por el juez.

Esto se dijo en la referida sentencia SU479 de 2019:

“Conclusiones y órdenes a proferir

...

- Los fiscales no cuentan con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible (Sentencias C-516 de 2007 y C-059 de 2010). La labor de los fiscales en el nuevo

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

esquema procesal penal es de adecuación típica, por lo que, si bien tienen un cierto margen de apreciación para realizar una imputación menos gravosa con miras a llegar a un preacuerdo, no pueden seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberán obrar de acuerdo con los hechos del proceso (Sentencia C-1260 de 2005, Directiva 01 de 2006 FGN, Directiva 01 de 2018 FGN). En consecuencia, la facultad de celebrar preacuerdos se encuentra limitada por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso, límite que aplica para el reconocimiento de las causales de atenuación punitiva consagradas en el artículo 56 del Código Penal.

- En desarrollo del principio de legalidad del proceso penal, el artículo 56 del C.P. debe ser interpretado de forma exegética y a la luz de lo dispuesto en la Sentencia C-1260 de 2005 de esta Corporación, que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional. En esta virtud, puede concluirse que para el reconocimiento de las circunstancias de atenuación punitiva del artículo 56 del Código Penal en un preacuerdo a suscribirse por el fiscal, deben mediar elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir mínimamente no solo que el acusado o imputado se encontraba en una situación de *ignorancia, marginalidad, o pobreza extrema*, sino que lo anterior influyó directamente la perpetración del injusto penal.

Lo anterior, indica que (i) la tipificación preacordada no puede carecer de relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación y, además, (ii) el preacuerdo debe respaldar los hechos jurídicamente relevantes por los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

delegado, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan.

En efecto, un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del C.P.), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005.

- Los jueces penales son también jueces constitucionales, por lo que están llamados a proteger los derechos fundamentales y los principios constitucionales al solucionar las controversias que se les presenten. Por esta razón, su intervención al realizar el control de un preacuerdo celebrado por la fiscalía no se limita a la verificación de aspectos formales, sino que se extiende a la verificación de que el mismo cumple los fines que el legislador previó para el empleo de este mecanismo (artículo 348 del C.P.P.); respeta las garantías fundamentales (inciso 4 del artículo 351 y artículo 368 del C.P.P) y otros límites previstos por el legislador y, en general, garantiza los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal.

...”.

Fue a propósito de esa decisión, que la Corte Suprema profirió la providencia 52227 del 24 de junio de 2020, alineándose ahora con la nueva postura de la Corte Constitucional para establecer que la labor de la Fiscalía es reglada y tiene como limitantes el ordenamiento legal, el constitucional y el interno de la propia entidad y que si bien el control que tienen los jueces respecto de la imputación y la acusación es formal, no sucede lo mismo cuando los Fiscales hacen peticiones

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

de preclusión o presentan preacuerdos, pues en estos casos el funcionario judicial sí tiene amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos, ya que esa resolución de la solicitud que hace el Fiscal es una expresión del ejercicio de la jurisdicción.

Es más, a pesar de que en la providencia en algunas partes se diga lo contrario, es lo cierto que la Sala de Casación Penal conviene con la Constitucional en los dos puntos axiales que sustentan la SU-479 en comento: uno, que los beneficios otorgados por la Fiscalía en un preacuerdo deben tener base probatoria y, dos, que las circulares del Fiscal General de la Nación son fuentes normativas vinculantes para todos los operadores jurídicos, entre los que se encuentran, por supuesto, los jueces.

Con este nuevo derrotero, explica cómo tradicionalmente se han venido desarrollando los preacuerdos en Colombia, para concluir que, en términos generales, han sido de tres clases, de los cuales realmente solo uno es admisible bajo la nueva hermenéutica adoptada para la justicia negocial:

1. Dados unos hechos reales que tienen sustento en la evidencia y los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación, se cambia la calificación jurídica para obtener beneficios punitivos y penitenciarios. Para la Corte, como esos beneficios otorgados por la Fiscalía no tienen ningún sustento probatorio resulta inadmisibles el preacuerdo. Es decir, que para la Sala de Casación Penal, al igual que para la Corte Constitucional, solo son admisibles cambios en la calificación jurídica que tengan por lo menos un mínimo probatorio que los sustente.
2. Respetando los hechos y la adecuación típica original, para hacer prevalecer el principio de legalidad, se puede preacordar una pena más benéfica de un tipo penal diferente, sin que ello

comprometa el análisis de la ejecución de la sanción porque esta se hará de acuerdo al delito real. Según la Corte, esto es admisible hacerlo, pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado par el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros copartícipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición¹³.

3. Es posible la modificación fáctica de la imputación o acusación a raíz de nuevos elementos probatorios que recopile la Fiscalía en razón del plan metodológico o por la confrontación con la teoría del caso de la defensa. Empero, en este caso, la Fiscalía deberá dejar claro al juez si la modificación de los cargos que permitieron que la pena sea más benigna es por lo anterior o debido a un preacuerdo entre las partes.

Como claramente se puede observar, de acuerdo al nuevo precedente jurisprudencial, realmente la única opción admisible de justicia premial es la segunda hipótesis en tanto la primera la prohíbe la Corte de manera tajante y la tercera realmente es un desarrollo del principio de legalidad y no una manifestación de justicia negociada.

Como gran conclusión de todo esto, se puede decir que la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y de la Corte Constitucional va dirigida ahora a la prohibición de beneficios en los preacuerdos que no tenga base fáctica. La única excepción que plantea la primera Corporación en comentario es lo relativo a la ficción de condenar por el delito original, pero con una pena menor establecida en otro tipo, consensuada a través del preacuerdo.

¹³ Página 58, radicado 52227 del 24 de junio de 2020 CSJ

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Frente a este panorama, lo primero que se debe decir es que por regla general los precedentes de las Cortes de Cierre son de obligatorio cumplimiento para todos los demás operadores jurídicos y comunidad en general a efectos de preservar principios muy caros a los Estados Constitucionales de Derechos como son la igualdad y la seguridad jurídica, --según decantada jurisprudencia constitucional, que por cierto se trae a colación en la misma SU-479 de 2019--; sin embargo, esa misma doctrina explica que para preservar de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, que es otro principio y valor constitucional previsto en el artículo 230 Superior, es posible que esos mismos operadores jurídicos se puedan apartar del precedente a condición, entre otras hipótesis, de que se expliciten los argumentos del mismo y se den solidas razones para no compartirlos¹⁴. En este sentido la carga argumentativa de quien decide apartarse del precedente es muy grande y por obvias razones en este caso no se incluyen las sentencias de constitucionalidad.

Entonces, teniendo claro que las decisiones de las altas Cortes constituyen precedente judicial que debe ser acatado por los jueces de inferior jerarquía, pero que, excepcionalmente puede haber un apartamiento justificado de las mismas, la Sala en este caso, optará por hacer una explicación detalla de las razones que la llevan a desatender lo planteado en la última doctrina expuesta por la Corte Constitucional (SU-479 /19) y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (52227 de 2020), en relación con la institución de los preacuerdos.

Lo primero que deberá advertirse es que se comparte la preocupación esbozada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez en su salvamento de voto, en el sentido de que la discusión aquí planteada, esto es las reglas que definen la validez de los preacuerdos, es de

¹⁴ Corte Constitucional, rads. C-836-2001, SU-479 de 2019, entre otras muchas más.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

índole legal que no constitucional; por lo tanto, la misma escapaba a la órbita del juez de tutela, siendo la competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el Magistrado Guerrero consideró que era la Sala de Casación penal, como Tribunal de cierre de la justicia penal ordinaria, a quien le competía determinar los parámetros que debe respetar la Fiscalía en la celebración de los preacuerdos y la clase de control que cumple el juez en estos casos, máxime que frente a ese tópico dicha Corporación a lo largo del tiempo había construido 3 posturas -todas debidamente argumentadas, pero contrastadas-, sobre las cuales no podía tomar partido la Corte Constitucional, pues ello implicaría una clara invasión de competencias.

Dejado de lado lo anterior, y ya respecto al asunto de fondo, la Corte Constitucional plantea que para conceder un beneficio en virtud de un preacuerdo, este tiene que tener soporte probatorio, lo cual, en sentir de la Sala -que acoge la anterior postura de la Sala de Casación Penal-, desestructura todo el sistema de justicia premial, pues un beneficio que se conceda porque está demostrado en el proceso, sin más, no es una manifestación de justicia premial o negociada, sino una clara aplicación del principio de legalidad, como quedó perfectamente claro en la sentencia C-1260 de 2005, en donde la Corte estableció que ciertamente la Fiscalía no puede inventarse delitos, pues debía hacer una adecuación típica de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes emergidos de la investigación; pero jamás dijo, y no lo podía decir porque la ley establece otra cosa, que los beneficios deban tener soporte probatorio.

En efecto, los preacuerdos y negociaciones es una institución procesal que busca procesos céleres para privilegiar la eficacia y celeridad de la Administración de Justicia, para lo cual se ofrece algún beneficio punitivo al procesado a cambio de que este acepte de manera anticipada su responsabilidad.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Como se puede observar es claro que el legislador a través de esta figura de negociación, flexibiliza el principio de legalidad y obviamente permite crear algunas ficciones jurídicas, eso sí con ciertas limitaciones, a efectos de que sea atractivo para el imputado someterse a un proceso abreviado en donde, ni más ni menos, renuncia a su presunción de inocencia y sin fórmula de juicio acepta su culpabilidad a cambio de que la Fiscalía obviamente le de un beneficio verdadero, traducido realmente en una dádiva punitiva en punto a la cantidad o la calidad.

Precisamente de eso se trata la justicia premial: que las dos partes cedan o entreguen algo, a cambio también de algo, por eso se habla de que en este modelo de justicia el principio de legalidad se flexibiliza con ciertos y precisos límites a efectos de evitarse el desgaste de un juicio y la incertidumbre del resultado. Se trata de una negociación en donde hay contraprestaciones mutuas. Si se acoge la teoría de las dos Cortes, la justicia premial, como ya se advirtió, desaparecería del mundo jurídico, por lo menos en lo que tiene que ver con los preacuerdos, porque resulta un sinsentido pretender que el procesado renuncie a defenderse a cambio del otorgamiento de una cuestión favorable a él, que por tener fundamento probatorio, no puede desde ningún ángulo considerarse un beneficio sino un derecho.

Solo para volver gráfico el análisis, piénsese en el caso de dos habitantes de calle, drogodependientes, en donde uno de ellos da muerte al otro en razón de la disputa de un cigarrillo de marihuana. Si el fiscal en la audiencia de imputación y bajo la consideración de estos hechos jurídicamente relevantes imputa a secas un homicidio simple, la defensa tiene todo el derecho de exigirle a dicho funcionario que, con base en los principios de objetividad y de legalidad y de acuerdo a la sentencia C-1260 de 2005, impute la circunstancia de marginalidad social del artículo 56 y el fiscal no podría oponerse a ello, y menos el juez de control de garantías avalar tal posición, aduciendo

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

que esa circunstancia diminuyente de punibilidad por culpabilidad reducida la va a tener en cuenta para futuras negociaciones.

No, el fiscal está en la obligación de imputar razonablemente de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes que emerjan de la investigación sin inflar ni desinflar los cargos y solo a partir de ahí es que vienen las negociaciones con el procesado para ofrecerle algún beneficio que evidentemente, según se señaló, no pueden existir en el mundo ontológico, a efectos de persuadirlo de aceptar anticipadamente su responsabilidad. Ya será aquel con su defensor quienes analizaran la situación y tomarán la decisión que más les convenga; pero es lo cierto que la Fiscalía tiene que ofrecer algo a lo que hasta ese momento no tiene derecho el imputado para que la negociación tenga sentido.

Punto álgido de esta exigencia probatoria que hace la Corte Constitucional para conceder beneficios a través de preacuerdos, lo es también, aparte de la abolición de tajo de la justicia negocial, el desconocimiento abierto a la reglamentación legal que tienen desde el año 2004, la institución de los preacuerdos, la cual fue consagrada en los artículos 348 y siguientes, que permite a la Fiscalía y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación y “... adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”¹⁵.

Nótese, pues, que la Corte en esa sentencia de unificación, crea requisitos legales no previstos por el legislador, en tanto en esa norma, ni en ninguna otra, se habla de que para conceder beneficios deba

¹⁵ Artículo 350 del CPP

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

tenerse referente probatorio, porque eso, aparte de todo lo dicho, es un contrasentido lógico, en tanto, un beneficio no puede ser algo a lo que se tenga derecho, sino que es una dádiva que vuelve atractiva la transacción procesal de la cual también va a salir beneficiado el Estado.

Para finalizar con el análisis de la nueva doctrina de la Corte Constitucional, se ha de decir que esta Sala discrepa de lo planteado por dicho Tribunal en el sentido de que las directivas o circulares expedidas por el Fiscal General de la Nación son fuentes normativas de obligatorio cumplimiento para todas las partes en el proceso penal, incluidos los jueces de la República, pues aunque ciertamente tales actos sí tienen carácter vinculante, sus efectos son internos, es decir no abarcan sino a los funcionarios y el personal que están vinculados a dicha entidad y solo de una manera general y no particular frente a los casos en concreto, según los claros lineamientos establecidos en la sentencia C-1260 de 2005.

De hecho, nótese que la misma Fiscalía General de la Nación en la Directiva No. 0001 del 3 de diciembre de 2015 “Por medio de la cual se explica la naturaleza, se establecen los alcances se fijan límites sobre el contenido de las directivas”¹⁶, estableció que los destinatarios de la misma únicamente son los fiscales y los funcionarios de Policía Judicial:

“I. CONTENIDO Y DECISIONES

A. Contenido

La presente directiva explica la naturaleza legal y constitucional, determina los alcances y fija los límites del contenido de las directivas con el fin de establecer, un marco

¹⁶ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/normatividad/>

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

para su expedición. También establece que estas son manifestación, del ejercicio de la función jurisdiccional del Fiscal General de la Nación, por, cuanto están encaminadas a orientar de forma igualitaria el uso de la acción' penal por parte de los fiscales. De manera adicional, describe cómo este poder de dirección y control se armoniza con la autonomía de los fiscales y el mecanismo por medio del cual un fiscal se puede apartar del contenido de las directivas.

...

V. CONCLUSIONES

...

3. Las directivas están dirigidas a los funcionarios y empleados de la institución, y a aquellas autoridades públicas facultadas por el Fiscal para desarrollar funciones de Policía Judicial.

...

7. Las directivas son instrumentos de carácter general y abstracto que están dirigidas a los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, así como a aquellas autoridades públicas investidas con funciones de policía: judicial. Estas son el desarrollo de mandatos legales que tienen profunda relación con la acción penal confiada constitucionalmente a la Entidad. ...”

En Derecho Administrativo las circulares son concebidas como actos de dirección, mediante el cual el director o superior de una entidad, imparte órdenes a sus inferiores y son conocidas como directivas internas debido al hecho de que su objeto es producir efectos dentro de la institución.

Así, pues, es claro que si, por ejemplo, el Fiscal General de la Nación expide una circular indicando que a los Fiscales les queda prohibido reconocer la circunstancia de marginalidad en preacuerdos donde se

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

esté aceptando responsabilidad por ciertos delitos y el funcionario de la Fiscalía desatiende esa instrucción, ello solo producirá efectos disciplinarios o administrativos para él, pero no tendrá ningún efecto adverso frente al preacuerdo, siempre y cuando el mismo reúna los requisitos establecidos por la ley. En consecuencia, lo que se impondrá es que el juez emita la correspondiente aprobación de la negociación, porque esa circular jamás podrá ser fuente normativa de los preacuerdos.

Lo anterior da cuenta que los únicos destinatarios de las circulares o directivas emitidas por el Fiscal General de la Nación son los servidores públicos de dicha entidad, ya que resulta insólito pensar que directrices impartidas por una parte procesal puedan afectar las decisiones de los jueces de la República que están investidos, por mandato constitucional de autonomía e independencia¹⁷.

Este era el modo de pensar de la Corte Suprema de Justicia hace unos pocos años:

Ahora, no ignora la Sala que el artículo 348 de la ley 906 de 2004, al momento de detallar las finalidades del sistema premial examinado, en su inciso segundo advierte: *“El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”*.

Sin embargo, el análisis de su contenido permite verificar que no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de

¹⁷ Art. 230 constitucional

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

desiderátum dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados.

Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.¹⁸

Por último, no deja de ser preocupante que la Corte Constitucional a través de esta sentencia de unificación de tutelas le otorgue semejante poder reglamentario de la ley al Fiscal General de la Nación, lo cual no tiene ningún fundamento legal y menos constitucional.

Para finalizar se dirá que la sentencia SU-479 de 2019 no es una decisión de constitucionalidad, que esa sí generaría obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, sino que es una de unificación de tutelas, que si bien tiene un gran valor jurisprudencial, no la hace vinculante de manera absoluta, porque para las sentencias de tutela, incluidas las SU, rige el mismo criterio que para todas las emitidas por las cortes de cierre ordinarias; es decir, que es posible desatender tales jurisprudencias siempre que el juez de inferior jerarquía tenga argumentos válidos y sólidos de disenso respecto de la posición asumida y que los mismos sean lealmente explicitados, como se ha hecho en precedencia.

Por lo anterior, esta Corporación se apartará de manera muy respetuosa de la doctrina constitucional establecida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019, porque aunque se entiende la gran preocupación del Alto Tribunal por los exagerados beneficios que en la actualidad están concediendo algunos fiscales en razón de los preacuerdos celebrados con la

¹⁸ C.S.J. Radicado 42.184 del 15 octubre de 2014

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

defensa, que ciertamente afectan la correcta Administración de Justicia; la manera como se aborda el asunto es muy problemática, en primer lugar, porque hay serios reparos sobre la competencia constitucional para ello; en segundo lugar, porque asumir la doctrina establecida en esta jurisprudencia acabaría con el sistema de justicia negocial y, en tercer lugar, porque se le da un estatus jurídico que no tienen a las circulares del Fiscal General de la Nación y se le atribuye a este un poder reglamentario de la ley sobre el cual no está habilitado, tal como se explicó con anterioridad.

Similares consideraciones tendrá este Tribunal respecto a las decisiones adoptadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los radicados No. 52227 del 24 de junio de 2020, 50659 del 8 de julio de 2020 y las demás que vienen consolidando el nuevo precedente, emitidas en relación con la validez de los preacuerdos, en tanto dicha Corporación adhiere a la posición asumida por la Corte Constitucional que se acaba de analizar.

No obstante, como la Sala de Casación Penal va mucho más allá que la Corte Constitucional y su nueva jurisprudencia tiene algunas variantes, los argumentos adicionales que tiene este Tribunal para, respetuosamente, apartarse también de tal precedente se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

Como ya se pudo analizar, la Corte explica que en la práctica judicial se vienen dando 3 modalidades de preacuerdos¹⁹, dos de los cuales (el

19

1. Dados unos hechos reales que tienen sustento en la evidencia y los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación, se cambia la calificación jurídica para obtener beneficios punitivos y penitenciarios. Para la Corte, como esos beneficios otorgados por la Fiscalía no tienen ningún sustento probatorio resulta inadmisibles el preacuerdo. Es decir, que para la Sala de Casación Penal, al igual que para la Corte Constitucional, solo son admisibles cambios en la calificación jurídica que tengan por lo menos un mínimo probatorio que los sustente.
2. Respetando los hechos y la adecuación típica original, para hacer prevalecer el principio de legalidad, se puede preacordar una pena más benéfica de un tipo penal diferente, sin que ello comprometa el análisis de la ejecución de la sanción porque esta se hará de acuerdo al delito real. Según la Corte, esto es admisible hacerlo, pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

primero y el tercero) los limita a que el beneficio otorgado tenga base probatoria y solo uno de ellos, el segundo, sin ese requisito.

Pues bien, frente a la primera y tercera hipótesis, considera la Sala que ha desarrollado un argumento razonable para apartarse de dicha doctrina tal como se explicó con suficiencia al momento de estudiar la sentencia SU -479 de 2019, por lo que en este momento el análisis que queda pendiente es el de la segunda planteada por la Corte y que tiene que ver con la cuestión de que respetando los hechos y la calificación jurídica original, se podría, vía preacuerdo, convenir en la pena de un delito menor o reconocer una diminuyente punitiva sin sustento probatorio, pero, eso sí, bajo ciertos condicionamientos dados por esa misma Corporación. En otras palabras, es admisible para la Corte condenar a una persona por un delito, pero aplicarle la pena de un delito menor o la correspondiente con una atenuante, para con ello respetar los principios de congruencia y legalidad, los derechos de las víctimas, a la vez que quedarían a salvo un análisis justo sobre la forma de ejecución de la pena (subrogados y beneficios), pues aquel estaría anclado al delito original y no la preacordado.

Si partimos de que basamentos de un modelo de justicia con tendencia acusatoria son el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la independencia de roles entre el acusador, el defensor y el juez; que no puede haber proceso, juez ni sentencia sino hay acusación previa (*nemo iudex sine actore*); que la acusación es el marco factico jurídico del juicio y, por supuesto, de la sentencia (principio de congruencia) y

que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado para el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros coparticipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición¹⁹.

3. Es posible la modificación fáctica de la imputación o acusación a raíz de nuevos elementos probatorios que recopile la Fiscalía en razón del plan metodológico o por la confrontación con la teoría del caso de la defensa. Empero, en este caso, la Fiscalía deberá dejar claro al juez si la modificación de los cargos que permitieron que la pena sea más benigna es por lo anterior o debido a un preacuerdo entre las partes.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

que el preacuerdo hace las veces de acusación, la propuesta de la Sala de Casación Penal resulta abiertamente problemática por varias razones:

En efecto, de tiempo atrás se ha proscrito tanto por la Sala de Casación Penal como por la Corte Constitucional la posibilidad de crear tipos penales; pero lo que plantea la primera es precisamente eso: inventar normas en donde se toma la premisa normativa de un delito y se le aplica la consecuencia de otro, una especie de *lex tertia*, que atenta de manera grave contra el principio de legalidad, pues invadiendo las competencias del legislador, so pretexto de un preacuerdo, en verdad se crean nuevas categorías de delitos, lo cual resulta inadmisibile en un modelo político democrático como el colombiano.

Eso de condenar por un delito, pero aplicarle la pena de otro que fue preacordado, no solo desconoce abiertamente las facultades de negociación autorizada por la ley a las partes y su voluntad, sino que socava las bases mismas del principio de congruencia porque la sentencia desconocerá los reales términos del acuerdo, que hace las veces de acusación. Hablar de que una cosa es el delito cometido y otra el negociado crea una esquizofrenia jurídica pues en la realidad en un mismo proceso se estaría frente a dos acusaciones lo cual resulta inadmisibile en un modelo de justicia con tendencia acusatoria como el adoptado por Colombia.

En pocas palabras: el preacuerdo, como acusación que es, es el derrotero fáctico-jurídico del proceso, y si aquel fue aprobado por el juez, se debe respetar de manera íntegra todos sus términos al momento de proferir la sentencia para preservar el principio de congruencia y todas las demás garantías y principios que de ahí dimanen, tal como se acaba de analizar. Esta regla tuvo aceptación por mucho tiempo en la Sala de Casación penal, que sin ambages sostenía: “los términos del preacuerdo no solo son derroteros para la imposición de la pena, sino también para todas las consecuencias que

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

de ahí se deriven, por ejemplo, la forma de ejecución de la pena.”²⁰, con base en el artículo 352 inciso cuarto que establece de manera categórica: “Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”

Por último, los nuevos requisitos que exige ahora la Corte para la aprobación de los preacuerdos como, por ejemplo, la colaboración que preste el procesado a efectos del esclarecimiento de los hechos, la información que aquél suministre para el juzgamiento de los otros copartícipes, el verdadero arrepentimiento que demuestre sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición, son abiertamente problemáticos, en primer lugar, porque no los tiene consagrados la ley; en segundo lugar, porque son fruto de una mala analogía con el principio de oportunidad ya que estas son dos figuras procesales diferentes y, en tercer lugar, porque en todo caso sería una analogía *in malam partem*, proscrita en materia penal.

Refulge nítido que tales exigencias nuevas a los preacuerdos generan situaciones absolutamente gravosas para el procesado y eso sí que riñe con el ordenamiento constitucional. Adicionalmente, algunos de tales requisitos son abstractos, vagos ambiguos y dan lugar a subjetividades que golpean el debido proceso y la seguridad jurídica, porque es sumamente complejo que un fiscal o un juez puedan calificar cuándo se presenta una verdadera actitud de arrepentimiento, en qué consiste, cómo se consolida, etc., pues esto es una concepción personal de la que difícilmente puede tenerse certeza.

Por todas las anteriores razones, esta Sala considera que debe apartarse en gran parte de la última posición de la Sala de Casación penal; sin embargo, es importante relieves que esta Corporación,

²⁰ Rads. 46.684, 46.101, 43.356, 45736 todas del año 2016 y 44906 de 2014

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

haciendo eco de su precedente, en la sentencia en comentario reitera la importancia de diferenciar el control judicial de la imputación o acusación en un proceso ordinario y el control judicial a los preacuerdos o allanamientos.

La anterior precisión que hace el Alto Tribunal es absolutamente valiosa porque la imputación y acusación dentro del trámite ordinario son, sin lugar a dudas, actos de parte en los cuales el juez solo puede hacer un control formal --salvo violación flagrante del debido proceso o de las garantías procesales de las partes--, so pena de perder su imparcialidad. Empero, ello es diferente cuando se trata de un proceso sometido a justicia premial, porque acá el juez no puede ser un simple fedatario o notario de la actividad de las partes, como quiera que al ser tal acto (preacuerdo o allanamiento) uno que define el caso, el control que hace el juez es parte de su actividad jurisdiccional y, por tanto, el control debe ser material.

Este criterio será acogido por la Sala de Decisión Penal, pero dentro de una hermenéutica que difiere de la sentada por las Cortes de cierre en sus últimos fallos sobre los preacuerdos, tal como se verá a continuación.

Esta Colegiatura considera totalmente legítimas la preocupación de las altas Cortes por lo que ha venido pasando con los preacuerdos, en donde la Fiscalía en muchos casos ha ofrecido beneficios desproporcionados a los procesados, lo que ha originado verdaderas situaciones de impunidad que no solo desprestigian a la Administración de Justicia sino que han atentado contra los derechos de las víctimas y de la sociedad toda; sin embargo, respetuosamente se considera que la solución no puede estar en pedir prueba de los beneficios porque ello evidentemente desarticula la justicia premial, sino en hacer una reinterpretación de las normas que regulan los allanamientos y preacuerdos en clave sistemática, teleológica, principialística y constitucional para lograr que este modelo de justicia

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

se mantenga; pero con unos límites reales y concretos que impidan su desbordamiento.

A criterio de la Sala, los preacuerdos deberán continuar ciñéndose a las pautas establecidas en los artículos 348 y siguientes del C.P.P. y por ende, para la legalidad y consecuente aceptación de los mismos por parte del juez, se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Lo primero a considerar será que el Fiscal está en la obligación, con base en el contenido ineludible de la Sentencia C-1260 de 2005, a que la tipificación que haga de los hechos, tanto en la imputación como en la acusación, sea objetiva, es decir que se ajuste esencialmente al **principio de legalidad**.

Es decir, solo podrá la Fiscalía atribuir a cada ciudadano el o los delitos que estén acreditados en el acontecer fáctico, sin que ello impida que en un futuro inmediato, en caso de que surjan nuevos medios de conocimiento, pueda agravar o mejorar esa imputación jurídica.

2. No se puede exigir base evidenciaría para sustentar el beneficio a conceder al procesado; pero ello de ninguna manera faculta de manera ilimitada en ese sentido a la Fiscalía, pues si se analiza con detenimiento las normas que rigen a la justicia negociada, es claro que el Ente Persecutor puede eliminar una agravante sin ningún inconveniente, a tal que eso sea el único beneficio; pero es claro que cuando la norma habla de “la eliminación de un cargo específico” o que se “tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”, la cuestión no es tan simple como aparentemente parece, porque tal concesión debe respetar los derechos a la verdad y la justicia de la víctima y en general de toda la sociedad, no desprestigiar la Administración de Justicia y solucionar de

manera adecuada el conflicto, con lo cual el beneficio tiene que tener **coherencia lógica** con la estructura del núcleo esencial de los hechos jurídicamente relevantes que sustentan la imputación o la acusación, para no pervertir o desnaturalizar el caso.

En ese sentido, un delito de homicidio o incluso una tentativa de homicidio jamás se podrá convertir en lesiones personales, frente a un delito de peculado de un alcalde no se podrá conceder una disminuyente por marginalidad social; en un delito de corrupción al elector no se podrá conceder un exceso de un estado de necesidad, en un delito de hurto no se podrá conceder un estado de ira e intenso dolor; un delito consumado jamás se podrá convertir en tentado, un autor no puede, sin más, pasarse a considerar como cómplice, solo por poner unos pocos ejemplos, porque en estos casos los beneficios riñen abiertamente con la naturaleza de los hechos delictivos que se enrostran.

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

Así, el hecho de que el legislador en el artículo 350 del CPP establezca que desde la formulación de la acusación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía puede llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación, describe nítidamente un interregno infranqueable en donde las negociaciones tienen un amplio

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

campo de acción para eliminar un agravante o tipificar la conducta de una manera más benigna al procesado.

Ahora bien, frente al límite máximo 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 juzgado respectivo o realmente es cuando se verbaliza la misma en la audiencia respectiva. El criterio de la Sala es que atendiendo a naturaleza eminentemente oral de nuestro proceso y que la acusación es un acto complejo compuesto por el el escrito y su verbalización en audiencia, la interpretación más garantista sería la segunda, esto es que el plazo final es hasta antes de formularse la acusación en la respectiva audiencia

Después de formulada oralmente la acusación en el respectivo acto procesal, deberá atenderse el contenido del artículo 352 *ibidem*, que establece: “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.”

Así las cosas, los preacuerdos después de formulada 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.

Por último, después de que el procesado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre el deseo que tenga de renunciar a

su presunción de inocencia, ya no procederá ninguna rebaja. Todo en virtud del **principio de progresividad**.

4. A pesar de que los preacuerdos y allanamientos son instituciones diferentes, lo cierto es que ambas figuras pertenecen al sistema de justicia premial consagrado en nuestro proceso penal; por lo tanto, las mismas deben ser concatenadas, y tener una interpretación sistemática y armónica entre ellas, que les permita complementarse y no contradecirse.

Así, entonces, en razón de los **principios de proporcionalidad y de progresividad** y teniendo en cuenta que la más efectiva muestra de contribución con la justicia, en esta materia, lo es el allanamiento a cargos, por ser una aceptación unilateral e incondicional de responsabilidad, lo lógico es que la rebaja que se establece para estos eventos, dependiendo del estadio procesal en que se presenta, sea comparable y proporcional a la rebaja que pueda otorgarse en los preacuerdos.

Muestra de que lo antes explicitado era el querer del legislador, es el artículo 352 procesal, porque establece que los preacuerdos después de la formulación de la acusación solo pueden generar una rebaja concreta de la tercera parte, proporcional ello con la rebaja que se le concede al procesado que se allana a cargos en la audiencia preparatoria (art. 356 *idem*). Es cierto que frente a los preacuerdos, diferente a lo de los allanamientos, hay más espacio de acción; como se observa claramente de sus respectivas regulaciones normativas, pero por ser dos manifestaciones de una misma institución, como es la justicia premial, las rebajas que se concedan por cualquiera de las dos vías tienen que ser proporcionadas y equiparables de forma razonable para evitar

acciones fraudulentas o simplemente incuriosas de las partes o de una de ellas.

En ese sentido, aquí se habrá de establecer una regla muy importante: si la máxima contribución de un procesado a la Administración de Justicia se da en el allanamiento a cargos en la audiencia de imputación porque es una aceptación de responsabilidad incondicional de parte de aquel en su primer contacto con esta y ello da un máximo beneficio de hasta un 50%, ningún preacuerdo posterior podrá sobrepasar ese límite. Para que quede claro, ninguna negociación puede comportar una rebaja de más de la mitad de la pena y eso dependiendo si dentro del caso no se está en presencia de una situación de captura en flagrancia, porque si eso es así, la rebaja tampoco podrá superar la cuarta parte de ese 50% (art. 301 procesal).

5. La celebración de los preacuerdos es una institución que se consagra en el artículo 348 *ibidem* de la siguiente manera:

Con el fin 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 con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Como claramente se puede observar, esta norma no es una disposición ordinaria en donde se establecen meras recomendaciones, buenas maneras, consejos o simples criterios que, eventualmente, pueden ser tenidos en cuenta el operador jurídico, sino que consagra verdaderos principios y garantías procesales que rigen los preacuerdos y prevalecen sobre cualquier norma de inferior jerarquía, al tenor de lo establecido en el artículo 26 procesal. Por lo tanto, cada uno de esos principios ahí establecidos son de obligatorio cumplimiento y tienen eficacia normativa.

En ese sentido y solo para relieves dos cuestiones muy importantes, los preacuerdos que se celebren entre la Fiscalía y el bloque de la defensa deben perseguir la humanización la actuación procesal y la pena, para lo cual es absolutamente indispensable que en la celebración del mismo intervengan tanto el ofendido como el procesado, para que se ventilen sus puntos de vista frente a la solución del caso. Así, la participación de víctima y victimario es *conditio sine quanon* de la legalidad de la negociación.

Adicionalmente, los preacuerdos indiscutiblemente habrán de aprestigiar a la Administración de Justicia, por lo que será en cada caso en particular, que el juez analizando la gravedad del caso, la situación de las víctimas, el daño causado y la naturaleza del beneficio otorgado, que determinará si la negociación honra este principio para tener esto como un criterio adicional para avalar o no el preacuerdo.

Caso concreto:

En el presente asunto era claro que si el preacuerdo se presentó una vez se había formulado oralmente la acusación, el convenio podría

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00-206-2021-07283
PROCESADO: ANDERSON DAVID VELÁSQUEZ HENAO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

consistir ciertamente en degradar la conducta de autoría a complicidad; pero también era claro que en virtud del mismo no se podía conceder una rebaja por encima de la tercera parte por expresa disposición del artículo 352 el cual debe interpretarse en armonía con el 350 procesales.

Conclusión: la actuación debió anularse hasta la fase de aprobación del preacuerdo para que el juez y las partes actúen de conformidad.

En estos términos dejo sentado el disenso.

Fecha ut supra

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. The signature is written on a light-colored background.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

Aclaración de voto

Procesado: Anderson David Velásquez Henao
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Radicado: 05001 60 00206 2021 07283



SALA DE DECISIÓN PENAL

ACLARACIÓN DE VOTO

He asentido en la aprobación del proyecto presentado por el doctor ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, únicamente por respeto a los precedentes de las Cortes Constitucional y Suprema, pues estas Corporaciones ya delimitaron, recientemente, el perfil del instituto de los preacuerdos y negociaciones en el proceso penal, sin embargo, debo aclarar que me preocupa sobremanera esos pronunciamientos porque no los observo coherentes ni uniformes dada la complejidad del tema, lo que hace muy difícil que en el actual momento se dé una línea jurisprudencial pacífica. Es que, como se discutió al interior de la sala, no podríamos concluir que el máximo de la rebaja de pena, por cualquiera de los institutos de la terminación anticipada del proceso, sea del 50%, como en algunos apartes a dicho la jurisprudencia antes citada, pues francamente se observan eventos en los que dicha disminución alcanza porcentajes casi hasta del 90%, tal como lo trae el proyecto aprobado mayoritariamente.

Estimo que a futuro deberá el jurisprudente superior trazar una consistente línea que oriente a los operadores

Aclaración de voto

Procesado: Anderson David Velásquez Henao
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Radicado: 05001 60 00206 2021 07283

judiciales en la aplicación de criterios sólidos sobre este tema. Por ahora, reitero que, por respeto al precedente jurisprudencial, deben tomarse las decisiones conforme con lo allí establecido, y como el proyecto presentado por el ponente cumple con ese criterio, va mi acompañamiento al mismo.

Con todo respeto,



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado