

TEMA: REBAJA PUNITIVA- “Improcedencia por ausencia del reintegro” /

TESIS: Frente a ese punto se han presentado fuertes discusiones en la Sala Penal del Tribunal de Medellín, hay quienes consideran que para la procedencia de las rebajas punitivas se requiere que se de aplicación a la figura del reintegro conforme lo establecido en el artículo 349 del C.P.P., otros consideran que no es necesaria esta exigencia toda vez que el allanamiento no es un acuerdo y por tanto la norma en mención no es aplicable. El suscrito magistrado ponente y el doctor CERÓN ERASO defendemos la primera de las tesis, los argumentos ya los hemos plasmado en decisiones varias, citamos los radicados: 05266-6000-203-2018-04696, del 16 de diciembre de 2020; el 5001-6000-000-2020-00153, del 16 de noviembre de 2021, y el proyecto 2022-00156 de 2023. Los argumentos en pro de nuestra posición, son los siguientes: 4.2.1. LOS ACUERDOS Y NEGOCIACIONES TIENEN UN FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL MUY FUERTE. SON DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA Y DE LA MANERA COMO SE DEBEN SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS SOCIALES. 4.2.2 NUESTRO SISTEMA CONTEMPLA VARIAS FORMAS DE TERMINACIÓN CONSENSUADA DE CONFLICTOS PENALES. 4.2.3. LA INTERPRETACIÓN DE ESTAS FIGURAS SE TIENE QUE HACER CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y NO CON PRINCIPIOS ANTERIORES O AJENOS A NUESTRA CULTURA JURÍDICA. 4.2.4. LAS FORMAS CONSENSUADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO ENTRAN DENTRO DEL CONCEPTO DEL NEGOCIO JURÍDICO. LA FIGURA DEL ALLANAMIENTO, TAMBIÉN. Conforme lo anterior, le asiste la razón a la Corte Suprema de Justicia en su posición mayoritaria¹⁶, a más de lo dicho por el Tribunal en la Sala, cuando impone para los allanamientos el requisito del reintegro, con ello se impide que los acuerdos constituyan una burla a la justicia, a la sociedad, y se respeten los derechos de las víctimas. También es importante resaltar que la línea jurisprudencial actual se orienta, con cierta consolidación, a sostener que el allanamiento es una modalidad de acuerdo, por lo tanto, el reintegro es imperioso como requisito de procedibilidad de la rebaja punitiva. Citando varios pronunciamientos de esa corporación: Sentencia del 28 de febrero de 2018, radicado SP436- 2018; Sentencia del 20 de junio de 2018, radicado SP 2259-2018, radicado 47681; auto del 31 de enero de 2018, radicado AP 343-2018, radicado 48535; Sentencia del 4 de abril de 2018, radicado SP969-2018 P. No. 46784, entre otras. Sostenemos, para finalizar, que esta posición es la más justa y responde a los intereses de todas las partes e intervinientes, es la que mejor se adapta al discurso de Estado Social y Democrático de Derecho, es la tesis que mejor respeta, de manera efectiva, los derechos de la víctima, legitima mejor a la judicatura, evita enriquecimientos indebidos y es la más armónica con el texto legislativo vigente. En conclusión, como quiera que el reintegro contenido en el artículo 349 del C.P.P., es un requisito para la obtención de las rebajas punitivas en toda clase de negociaciones de penas, incluyendo el allanamiento, al no darse tal exigencia, el imputado que libre e informadamente aceptó su responsabilidad penal, no tiene derecho a la disminución punitiva solicitada.

MP. ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

FECHA. 19/03/2023

PROVIDENCIA. SENTENCIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	5100-6000-206-2020-11474-00
PROCESADO	NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIERREZ
DELITO	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
PROCEDENCIA	JUZGADO 47 PENAL MUNICIPAL DE MEDELLÍN
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA

Magistrado ponente

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023), mediante Acta Nro. 022 y leído en la fecha.

En sentencia anticipada emitida del 25 de noviembre de 2021, la doctora MARGARITA INES GÓMEZ JARAMILLO, Juez 47 Penal Municipal de Medellín condenó a NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIÉRREZ como autor penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado.

Contra esta sentencia se discutió la dosificación punitiva y la pertinencia de la figura del reintegro. La ponencia presentada por el Dr. SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA no fue acogida en su totalidad, en consecuencia, le correspondió al suscrito ponente elaborar el proyecto. Se tomará como base el proyecto inicialmente presentado.

1. HECHOS:

El 6 de agosto de 2020, a las 14:00 horas de la tarde aproximadamente, NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIERREZ y otro hombre arribaron e ingresaron sin ser vistos a la vivienda ubicada en la calle 39 A # 91 – 26 del barrio Santa Mónica de esta ciudad, en la cual se

apoderaron de un rosario de oro avaluado en la suma de \$9.000.000, una cadena de oro de \$7.000.000, un anillo de oro de \$2.000.000, una pulsera de oro de \$4.000.000, unas manillas de \$2.000.000, un celular IPH 8 de \$2.200.000, un celular Huawei de \$500.000, un teléfono de \$50.000, una billetera con documentos y la suma de \$300.000, \$2.700.000 en efectivo, además de 2 maletines que contenían la documentación de una empresa y 7 relojes de diferentes marcas avaluados en la suma de \$30.000.000, de propiedad del señor Rubén Darío Mora Álvarez, con el propósito de obtener provecho para sí.

Para lograr el apoderamiento, NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIÉRREZ y su acompañante, ejercieron actos de violencia contra la víctima, utilizando un arma de fuego con la que intentaron golpearlo en la cabeza, lo obligaron a agacharse, lo tiraron a la cama boca abajo apuntándole con el arma, lo amarraron de las manos, lo despojaron de todas sus pertenencias y lo amenazaron con matarlo si intentaba algo. Antes de huir amarraron a la víctima de los brazos y salieron corriendo, la víctima se desató y salió pidiendo auxilio, y es así como fue detenido por la ciudadanía NEIRO JUNIOR MOLERO, en cuyo poder se encontraron dos maletines que contenían, uno de ellos, 3 celulares y, el otro bolso, 7 relojes, no siendo posible recuperar los otros objetos hurtados y capturar al otro sujeto que participó en el hecho.

2. RECUENTO PROCESAL

Las audiencias preliminares se efectuaron el 7 de agosto de 2020 ante el Juez 4º Penal Municipal con función de control de garantías, quien legalizó el procedimiento de captura, presidió el traslado del escrito de acusación que hizo la fiscalía a NEIRO JUNIOR, en el que le atribuyó el delito de hurto calificado agravado y le impuso medida de aseguramiento de detención intramural. La audiencia concentrada se realizó el 23 de marzo de 2021, que finalizó con el decreto probatorio.

El 11 de junio de 2021, al iniciarse la audiencia de juicio oral, el procesado manifestó que se allanaba a los cargos, procediendo la funcionaria a impartir aprobación a la aceptación de responsabilidad; en consecuencia, se anunció que el fallo sería de carácter condenatorio. Es resaltable el hecho que en principio la funcionaria de instancia no consideró procedente el allanamiento por ausencia del reintegro de lo apropiado situación que obligó al accionante a interponer una acción de tutela que fue fallada a su favor, en la idea que sí podía allanarse a

cargos pero que no obtendría rebajas de penas. Esta advertencia fue reiterada en la audiencia correspondiente y el procesado fue debidamente informado de esta situación.

El 10 de noviembre de 2021, en la audiencia de individualización de pena y sentencia la Fiscalía se encargó de identificar al procesado. Explicó que no se referiría a las condiciones sociales y modo de vivir por ser conocidas en la actuación y advirtió que no había constancia del pago de perjuicios por parte de NEIRO JUNIOR.

La defensa, por su parte, reconoció que no había lugar a la rebaja por indemnización a la víctima establecida en el artículo 269 del Código Penal porque, a pesar de la voluntad del procesado, sus condiciones económicas y de su familia se lo impidieron, pero sí a la disminución punitiva por la aceptación de cargo porque se evitó un desgaste a la administración de justicia al no haberse adelantado el juicio oral.

El 25 de noviembre de 2021 la funcionaria emitió sentencia en la que condenó a NEIRO JUNIOR como autor responsable del delito de hurto calificado agravado (artículos 239, 240, inciso 2º y 241.10 del Código Penal) que establece una pena de 144 a 136 meses de prisión.

Para tasar la pena en concreto, después de fijar los cuartos respectivos, se ubicó en el primer cuarto (144 y 192 meses de prisión) y optó por no imponer la mínima, sino una de 154 meses atendiendo a la gravedad del hecho por haberse amenazado y amarrado a la víctima, y porque el monto de lo hurtado superó los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La juez dejó claro que no había lugar a rebaja por aceptación de cargos porque no hubo reintegro de por lo menos el 50% del incremento patrimonial, como lo exige el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y aceptó el criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de septiembre con ponencia del Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La defensora interpuso contra la anterior decisión el recurso de apelación en lo que respecta a la pena impuesta por las siguientes dos razones:

Primero: No es justo ni razonable el aumento de la pena mínima en 10 meses, si se tiene en cuenta que se trata de un monto alto, no procede ningún beneficio y las condiciones de vida del procesado son precarias porque se trata de un extranjero solo cuya familia reside en Venezuela, quien tenía desde la audiencia concentrada el deseo de allanarse y no lo hizo tratando de indemnizar la víctima.

Segundo: exigir el reintegro del 50% del incremento patrimonial en allanamientos es contrario a la legislación y se trata de un criterio jurisprudencial no unánime que desconoce que los preacuerdos y allanamientos son figuras diferentes incurriendo así en una analogía desfavorable.

En consecuencia, solicita que se imponga la pena mínima de 144 meses de prisión y sobre esta se haga una rebaja de la sexta parte en virtud del allanamiento.

4. CONSIDERACIONES

Conforme lo establecido en el artículo 34 numeral primero de la ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de apelación en tanto es superior funcional de la Juez Cuarenta y siete (47) Penal Municipal de Medellín, funcionaria que dictó la sentencia recurrida. Atendiendo a la legitimidad e interés que asiste a la defensa en orden a controvertir la pena impuesta a su defendido, la Sala mayoritaria se concentrará a decidir lo pertinente.

Son dos problemas jurídicos a resolver: i) si la pena a imponer al procesado debía ser la mínima del primer cuarto, que es de 144 meses de prisión, como propone la defensa, o este monto debe ser aumentado en 10 meses en razón a la gravedad de la conducta, como lo determinó la funcionaria de instancia; y ii) si era viable conceder la rebaja de una sexta parte por el allanamiento a cargos efectuado al iniciar la audiencia de juicio oral.

4.1. TASACIÓN DE LA PENA CONFORME A LOS PARÁMETROS DEL ARTÍCULO 61 DEL CÓDIGO PENAL.

La censora cuestiona que no es razonable ni necesario aumentar en 10 meses la pena mínima, ya que es una sanción alta respecto a la que no proceden beneficios que recae sobre una

persona en condiciones precarias de existencia por ser un extranjero sin ningún apoyo familiar en este país.

Las razones ofrecidas por la funcionaria para aumentar la pena (que se amenazó y amarró a la víctima, y que el objeto del delito supera los 10 smlmv), si bien son respetables, consideramos que los mismos incrementos punitivos realizados por el legislador para tales conductas son suficientes y proporcionalmente justos para este caso concreto. Recuérdese cómo los incrementos de pena ocurridos han operado bajo una dinámica del “inflacionismo penal” que ha generado un grave problema de desproporción en el momento de la imposición de la sanción, ello implica que hacer un aumento adicional se torna en una pena exagerada.

Efectivamente, si se calificó la conducta por la violencia, se entiende que hubo coacción hacia la víctima para alcanzar el resultado, que en este caso fue física y síquica, consistió en amenazar a la víctima para doblegar su voluntad, lo que no se habría conseguido de no usarse esos medios, pudiéndose entender que se trató de la violencia necesaria para el hurto o, por lo menos, aquella contenida en abstracto en la calificante.

Ahora, la otra razón que adujo la funcionaria estribó en que el monto de lo hurtado es superior a 10 S.M.L.M.V., haciendo referencia al mayor daño ocasionado, considerando la cuantía de lo apropiado que si bien no es una suma despreciable, tampoco es excesiva, sobre todo en razón a lo que humana y materialmente estaría en posibilidades de reintegrar, al final, por más esfuerzos realizados, el imputado, dada su concreta posibilidad le fue imposible hacer el restablecimiento de lo hurtado, fue otro autor el que se apropió materialmente de esos bienes, como bien lo expresamos en líneas anteriores, los incrementos punitivos por la agravante y calificante son suficientes, por lo cual un aumento adicional de la pena no se estima necesario.

Insistimos, la pena mínima del primer cuarto es de 144 meses de prisión, la misma es bastante gravosa para el procesado, pues se trata de 4320 días a purgar, los cuales se muestran adecuados para alcanzar los fines que subyacen a las sanciones penales de conformidad con el artículo 4° del Código Penal y 27 del C.P.P., que son criterios moduladores de las sanciones penales y de la actuación procesal. Además, es relevante para esta conclusión, la voluntad del imputado de aceptar responsabilidad, de no dilatar su situación, de ahorrar tiempo y esfuerzos a la judicatura, aún sin recibir reducción punitiva alguna, por demás, el imputado no tiene antecedentes penales, lo cual indica que es la primera vez que infringe la ley penal.

En consecuencia, se impondrá a NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIÉRREZ la pena de 144 meses de prisión. En este punto el suscrito magistrado ponente acogió el criterio inicial presentado por el dr. APRÁEZ VILLOTA, el dr. CERÓN ERASO no compartió esta posición, por lo tanto, salvará parcialmente el voto.

4.2. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA REBAJA PUNITIVA POR AUSENCIA DEL REINTEGRO.

Frente a ese punto se han presentado fuertes discusiones en la Sala Penal del Tribunal de Medellín, hay quienes consideran que para la procedencia de las rebajas punitivas se requiere que se de aplicación a la figura del reintegro conforme lo establecido en el artículo 349 del C.P.P., otros consideran que no es necesaria esta exigencia toda vez que el allanamiento no es un acuerdo y por tanto la norma en mención no es aplicable. El suscrito magistrado ponente y el doctor CERÓN ERASO defendemos la primera de las tesis, los argumentos ya los hemos plasmado en decisiones varias, citamos los radicados: 05266-6000-203-2018-04696, del 16 de diciembre de 2020; el 5001-6000-000-2020-00153, del 16 de noviembre de 2021, y el proyecto 2022-00156 de 2023. El doctor APRÁEZ VILLOTA es del parecer contrario, en este punto salva parcialmente el voto. Los argumentos en pro de nuestra posición, son los siguientes:

4.2.1. LOS ACUERDOS Y NEGOCIACIONES TIENEN UN FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL MUY FUERTE. SON DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA Y DE LA MANERA COMO SE DEBEN SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS SOCIALES.

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 tiene que 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; Por el contrario, 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. 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, una de las funciones esenciales de todos, pero en especial de los jueces, es 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 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, la sociedad 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.

4.2.2. NUESTRO SISTEMA CONTEMPLA VARIAS FORMAS DE TERMINACIÓN CONSENSUADA DE CONFLICTOS PENALES.

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.

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.)

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.

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”,³ 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 discrecional⁴. 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 penal⁵. 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.

4.3. LA INTERPRETACIÓN DE ESTAS FIGURAS SE TIENE QUE HACER CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y NO CON PRINCIPIOS ANTERIORES O AJENOS A NUESTRA CULTURA JURÍDICA.

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

³ Mommsem, 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).

⁴ Garzón A., Londoño C. y Martínez G. Negociaciones y Preacuerdos. T.1, págs 54 y 55. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá. 2007.

⁵ Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal. Acta 25, páginas 24,26,28 y 43.

imputado acogerse a tales mecanismos tanto la Fiscalía como la Judicatura deben 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 corrección⁶, 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 caso⁷. Como se puede observar, se busca la realización de los principios constitucionales que hemos comentado. Es importante en esa labor el des formalizar 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 conciliar 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 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

⁶ Artículo 27 del C.P.P.

⁷ Artículo 348 del C.P.P.

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.

4. LAS FORMAS CONSENSUADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO ENTRAN DENTRO DEL CONCEPTO DEL NEGOCIO JURÍDICO. LA FIGURA DEL ALLANAMIENTO, TAMBIÉN.

Todas estas formas consensuadas entran dentro del concepto fundamental del negocio jurídico como fuente de obligaciones. Si el derecho pretende regular con justicia las relaciones sociales relevantes, es obvio entender que su primer y más importante instrumento es el negocio jurídico. Las partes adquieren derechos y obligaciones, también se exigen unos requisitos que son de su esencia, naturaleza y los accesorios. Son relevantes para este caso aquellos negocios que tienen una naturaleza pública, es decir en los que participa el Estado por intermedio de sus representantes. Dentro de ellos aparece una subespecialidad y son los negocios jurídicos procesales. En materia procesal penal hay una parte que es estatal, la Fiscalía, otra parte también estatal que decide, la judicatura, y en el otro extremo está el procesado con su defensor. Intervienen en nuestro sistema la víctima y el Ministerio Público.

Nos concretaremos ahora en el negocio jurídico del allanamiento a cargos, con ello contestaremos a quienes sostienen, equivocadamente, que este un acto jurídico unilateral. Cuando el Fiscal –servidor público y representante del Estado- presenta una imputación que es una pretensión punitiva inicial, ante un juez de Control de Garantías y en contra de una persona, esta tiene dos opciones fundamentales, el aceptar ese cargo o no hacerlo. Siempre desde el más absoluto respeto de su libertad y con la debida asistencia jurídica. El primer acto se le denomina procesalmente hablando el allanamiento a cargos, este puede ser total o parcial. La otra opción impone la prosecución de la acción penal mediante la modalidad contenciosa.

En términos del artículo 1501 de Código Civil, la figura analizada es un contrato solemne pues exige unos requisitos para su validez jurídica; es bilateral, porque genera obligaciones para ambas partes, de naturaleza adhesiva, puesto que el imputado no discute las bases de la pretensión punitiva, simplemente las acepta como ciertas.⁸ **Sostenemos que los tanto los acuerdos y negociaciones, tanto como los allanamientos tienen los mismos elementos**

⁸ En este sentido es muy clara la sentencia de la Corte Constitucional C-1195 de 2005.

esenciales, obvio que se diferencian en su naturaleza, en especial por el objeto de negociación y la flexibilidad que se tiene para ello.

Estos negocios, resaltamos, tiene o debe tener sus elementos esenciales⁹: La capacidad de las partes, el consentimiento de las partes, la causa lícita, el objeto lícito y la forma. Cuando hablamos de la **capacidad jurídica** de la Fiscalía partimos de la base que, conforme lo dicho en líneas precedentes, esta emana de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación es el único funcionario con capacidad plena, los otros funcionarios de esa entidad la tienen solo por disposición legal o por delegación. Ello impone, por ejemplo, que un Fiscal local en principio y con su función normal no puede imputar, acusar ni llevar un juicio en contra de un aforado legal o constitucional. Igual, un fiscal sin capacidad funcional (competencia), no puede actuar por fuera de sus asignaciones. Si lo hace, todo ello es nulo y sin poder vinculante.

A la vez el procesado también debe tener este requisito, es inadmisibles que lo realice con alguien que es inimputable, tampoco quien en la audiencia de imputación no está en condiciones mentales para tener conciencia del acto que se realiza. El Juez de Control de garantías debe tener especial celo en el cumplimiento de este requisito, en especial en las personas que son capturadas y no se atiende a que les den alimentos y una efectiva asesoría jurídica.

En cuanto al **consentimiento**, se parte de la base que la Fiscalía la tiene, pero no se descarta que en su caso operen los vicios del consentimiento del error, la fuerza o el dolo en su actuación y que ello determine la imputación sin el debido y real sustento probatorio, y que la influencia del vicio no sea solo de la parte externa, sino también en su interior. En lo que respecta al consentimiento del imputado este tiene que ser libre, voluntario, consiente, informado y asistido, también operan los vicios del consentimiento y el juez debe desplegar un gran celo por verificar que ellos no se den. En estos casos la práctica jurídica enseña que el funcionario judicial de control de garantías debe preguntarle al imputado sobre tres momentos a fin de que se tenga plena conciencia para el cumplimiento de este requisito: El primero es sobre el hecho mismo constitutivo de delito; el segundo, sobre el estado actual o el momento en que se está aceptando responsabilidad y, el tercero, respecto al conocimiento pleno de las consecuencias que se derivan de esta asunción de responsabilidad penal.

⁹ Artículo 1501 del C. Civil.

En cuanto a la **causa lícita** esta deviene de un aspecto sustancial y de un aspecto procesal. Dentro de la primera se debe partir que el Fiscal fundamenta su pretensión punitiva en la real existencia de un delito y que la persona imputada, debidamente individualizada e identificada, es su autor. Ello impone un fundamento probatorio mínimo¹⁰. Es desarrollo, por parte de las obligaciones del ente acusador, del cumplimiento del principio de objetividad. En consecuencia, le es prohibido inflar las acusaciones o, por el otro extremo, el darles una adecuación menor a la que realmente es. Obvio que ese control lo hace el juez de control de garantías.

Respecto al **objeto lícito** se estudia la finalidad del acuerdo y la solución del conflicto penal, se debe analizar los fines que persiguen los preacuerdos conforme el artículo 348 del CPP., estos postulados no son letra muerta, en cada caso se tiene que justificar el cumplimiento de ellos. Además, es preciso tener en cuenta cuando el legislador prohíbe tales acuerdos expresamente, a pesar que ello repugna a la filosofía de los acuerdos, estas limitaciones se tienen que respetar y esperar que se haga una profunda reflexión al respecto en orden a su modificación legal. También es preciso estar atento a evitar dobles beneficios¹¹ y, además, en respeto de las víctimas y la imagen de la justicia, la exigencia en determinados casos del reintegro¹². Esta figura funge como una exigencia que si no se cumple no se puede hacer el acuerdo, es un requisito de procedibilidad, más de las rebajas que del mismo acuerdo. Aclaremos, puede en muchos casos no existir el reintegro, pero sí la voluntad de allanarse sin esperar las rebajas punitivas correspondientes, ello es perfectamente válido y ello no torna ilegal el acuerdo, obvio con todas las advertencias del caso y el cumplimiento de los demás requisitos legales. Es desarrollo del principio de la renuncia al derecho de no autoincriminación que, si cumple con las exigencias legales, no se debe desconocer, este se torna en un derecho absoluto.

Sería absurdo que alguien quiera aceptar su responsabilidad penal y se le respondiera que no lo puede hacer o que no se le hará caso y que el proceso debe seguir hasta su terminación ordinaria. Tal manera de pensar implica una inversión de los valores constitucionales, pues se prefiere la forma por la forma y no lo sustancial, ello es contrario al artículo 228 de la Constitución.

¹⁰ Artículo 287 del C.P.P.

¹¹ Artículo 351 inciso 2 del C.P.P.

¹² Artículo 349 del C.P.P.

Otro de los prerequisites esenciales, desde el punto de vista procesal es la realización de la imputación correspondiente ante el Juez de Control de Garantías, sin ella no se puede seguir ninguna manifestación del vinculado penalmente. Como lo hemos recordado esta diligencia tiene su fundamento en una garantía constitucional, de respeto de la dignidad humana de la persona que va a ser judicializada¹³, si la Fiscalía lo piensa hacer debe existir un fundamento probatorio mínimo para el efecto, la individualización e identificación tiene que ser plena, la relación fáctica y jurídica igual, no es admisible, insistimos, el inflar la imputación o subvalorarla, también se le debe dar al imputado total claridad sobre el derecho a allanarse a cargos con las consecuencias favorables y desfavorables. En algunos casos esta posibilidad no tiene rebajas punitivas por expresa prohibición legal y también en los casos de incremento patrimonial, se debe hacer el reintegro correspondiente para la obtención de las mismas, si no reintegra, el imputado puede allanarse, pero no obtener rebajas punitivas. También la jurisprudencia constitucional exige la presencia de la víctima de manera obligatoria¹⁴, pero sin poder vetar el acuerdo.

Frente a la **forma** es preciso que se verifique la presencia personal del imputado con la asistencia del defensor. En algunos casos la presencia del Ministerio Público sería obligatoria, por ejemplo, en delitos de corrupción pública, o cuando se afectan bienes colectivos. También la víctima, el Juez y el Fiscal.

Conforme lo expuesto, por lo general, el acuerdo es el género, siendo una de sus especialidades el allanamiento, otra especialidad son los acuerdos y negociaciones, por ello es válida la analogía en donde el Fiscal hace una oferta – la pretensión punitiva- y el imputado la acoge a ella –se allana a cargos-, sin la primera no existe la segunda. El campo de acción del imputado es muy reducido, no puede discutir nada de la pretensión o la acoge o la desecha, en las otras modalidades de negociación existentes hay un margen mayor de negociación, incluso se pueden negociar cargos y de allí todas las demás instituciones penales y procesales permitidas. Una vez cumplidos los requisitos de ley, para estas partes se generan obligaciones y también derechos. El principal es el compromiso de validarlo ante el juez de conocimiento. El hecho o acto jurídico permanece incólume, si no se logra tal objetivo, lo hablado y dialogado no puede ser utilizado como elemento de prueba para la condena, la Fiscalía en principio no

¹³ Llama la atención como el procedimiento ante la Corte Penal Internacional, con ese mismo fin garantista, impone un control material de la imputación.

¹⁴ C. Constitucional. Sentencias C-209 de 2007 y 516 de 2007.

se puede retractar, el condenado lo puede hacer hasta el momento en que el juez de conocimiento lo apruebe.

Afirmamos que el allanamiento no es un acto unilateral como lo predica el recurrente y la posición disidente, por lo antes comentado y por la participación protagónica de los principales sujetos que participan en este negocio. Un acto unilateral, en estricto sentido, sería una acción como quien va ante un fiscal, o ante un juez, o ante un notario o ante un medio de comunicación y acepta su participación en la comisión de una conducta punible. Ello, en principio, no tiene ningún efecto jurídico. Igual ocurre si alguien imputado va ante un juez y acepta otro delito distinto al que le fue atribuido, en este caso tampoco se puede afirmar que existe un allanamiento a cargos.

Obvio que un acuerdo presentado ante el juez debe cumplir con estos requisitos esenciales, a fe que la inmensa mayoría de estos se cumplen, el juez debe estudiar a fondo el asunto, del análisis del caso se debe determinar si se vulneran derechos fundamentales que se representa en concreto, repetimos, en el cumplimiento de los requisitos esenciales antes comentados, ello como mínimo, del debido proceso y con este en particular, dependiendo del vicio, se afectarían otros derechos como la libertad, el patrimonio, los de las víctimas, etc. Por otra parte, hay cierta relatividad en la aplicación de los acuerdos frente a los derechos que renuncian, al fin y al cabo, en estos el Estado sacrifica algo de legalidad y justicia por la solución del conflicto penal, insistimos que la actitud correcta es la promoción de esta manera de terminar el proceso, ello dentro de unos límites racionales y justos y, en lo posible, con mucha desformalización en la manera de efectivizar el acuerdo, es pertinente cierto liderazgo del juez y una actividad dialogal y transparente en orden al logro de estos cometidos.

En cuanto a quienes sostienen que es un acto unilateral, concretamente la postura minoritaria contenida en el salvamento de voto del Dr. Eugenio Fernández Carlier AP504-2020 radicado 55166 cuyos argumentos en sumo respetables no los comparte la Sala, se olvida que existen dos elementos muy importantes: el primero de orden legal y el segundo de interpretación constitucional e igualmente se ha omitido el artículo 293 del C.P.P., inciso segundo que es muy claro en la consagración de esta modalidad como acuerdo: **EXAMINADO POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO EL ACUERDO PARA DETERMINAR QUE ES VOLUNTARIO, LIBRE Y ESPONTÁNEO.**, reiteramos, es el mismo legislador quien expresamente lo establece de esa manera (el subrayado es nuestro).

El segundo argumento es el desconocimiento de la sentencia de la Corte Constitucional C-1195 de 2005 que, al analizar, precisamente el artículo citado, lo considera un **“acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes”** o **“el acuerdo de aceptación de imputación”**, es decir, estas dos fuentes de derecho son de difícil desconocimiento. Por el contrario, la interpretación relacionada con la unilateralidad del acto, se torna inconstitucional e ilegal lo cual impide que tenga efectos jurídicos. Se alega que el cambio de jurisprudencia genera para eventos anteriores a la misma, una especie de derecho, tal manera de pensar sobredimensiona el poder de la jurisprudencia, que regula casos concretos, a más que, repetimos, no puede tener obligatoriedad cuando estas contrarían la Constitución y la ley, menos cuando con ellas se desconocen los derechos de las víctimas.

Como bien lo recuerda la Corte Suprema de Justicia, que a la vez cita la Corte Constitucional, la figura del reintegro tiene una finalidad específica y es desestimular el delito, eventualmente puede también cobijar los derechos de las víctimas, pero su finalidad impone es evitar que el delincuente disfrute de los beneficios patrimoniales obtenidos del delito, así razonaron las corporaciones antes mencionadas:

“Ahora bien, cuando la Corte precisó en aquella ocasión que “son los hechos del caso, y no las particulares descripciones típicas de las conductas, los que han de tenerse en cuenta para determinar si la ejecución de un delito genera o no incremento patrimonial en el sujeto activo”, tal precisión ha de entenderse en el sentido de que la obtención de un incremento patrimonial a partir de la ejecución de cualquier actividad delictiva, queda cobijado en el supuesto fáctico de la norma consagrada en el artículo 349 pluricitado. Ello en nada obsta para concluir que, bajo ese entendimiento, la hipótesis normativa de índole condicional que se analiza, en tratándose de conductas punibles en que el beneficio ilícito es presupuesto típico inexorable, siempre concurrirá.

Además, la Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad del artículo 349 del C.P.P./2004, en la sentencia C-059 de 2010 arribó a una conclusión similar a partir de una interpretación –especialmente-teleológica de la disposición en comento. Obsérvese:

En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente. En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante,

*sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración pública (vgr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, el propósito de la norma acusada no es crear una especie de beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito”.*¹⁵

Si nos preguntamos si este acuerdo en concreto cumple con los fines de los mismos, contenidos en el artículo 348 del C.P.P., la respuesta es negativa, estos acuerdos no se pueden volver un parapeto de impunidad material, ni que se genere la conclusión, como ocurre en este caso, que es un buen negocio delinquir, al final puesto que materialmente no se tiene una consecuencia jurídica justa. Por ello, si se piensa nuevamente en llegar a una solución concertada, es fundamental que se tenga total claridad sobre la situación del reintegro realizado que, para el caso concreto, también privilegia a las víctimas en este hecho, esto es, las personas naturales afectadas en su patrimonio económico.

Conforme lo anterior, le asiste la razón a la Corte Suprema de Justicia en su posición mayoritaria¹⁶, a más de lo dicho por el Tribunal en la Sala, cuando impone para los allanamientos el requisito del reintegro, con ello se impide que los acuerdos constituyan una burla a la justicia, a la sociedad, y se respeten los derechos de las víctimas.

También es importante resaltar que la línea jurisprudencial actual se orienta, con cierta consolidación, a sostener que el allanamiento es una modalidad de acuerdo, por lo tanto, el reintegro es imperioso como requisito de procedibilidad de la rebaja punitiva. Citamos varios pronunciamientos de esa corporación: Sentencia del 28 de febrero de 2018, radicado SP436-2018; Sentencia del 20 de junio de 2018, radicado SP 2259-2018, radicado 47681; auto del 31 de enero de 2018, radicado AP 343-2018, radicado 48535; Sentencia del 4 de abril de 2018, radicado SP969-2018 P. No. 46784, entre otras. Sostenemos, para finalizar, que esta posición es la más justa y responde a los intereses de todas las partes e intervinientes, es la que mejor se adapta al discurso de Estado Social y Democrático de Derecho, es la tesis que mejor respeta, de manera efectiva, los derechos de la víctima, legitima mejor a la judicatura, evita enriquecimientos indebidos y es la más armónica con el texto legislativo vigente.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto interlocutorio AP 7233 DE 2014 R. 44906 de 26-11-14.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicados 39831 del 27 de Septiembre de 2017, reiterada en auto 55166 del 19 de febrero de 2020 .

En conclusión, como quiera que el reintegro contenido en el artículo 349 del C.P.P., es un requisito para la obtención de las rebajas punitivas en toda clase de negociaciones de penas, incluyendo el allanamiento, al no darse tal exigencia, el imputado que libre e informadamente aceptó su responsabilidad penal, no tiene derecho a la disminución punitiva solicitada.

Como gran síntesis de esta decisión, se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto a que no opera el incremento de pena quedando ésta en 144 meses de prisión. No se reconoce la reducción de pena por no existir el reintegro de lo ilícitamente apropiado.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar el numeral 1º de la sentencia recurrida, en el entendido que NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIERREZ queda definitivamente condenado a la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, lapso al cual también se contrae la accesorias de rigor. Se confirma el no otorgamiento de la rebaja punitiva por aceptación de cargos al no haber reintegro de lo ilícitamente apropiado.

SEGUNDO: Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación. A su ejecutoria regrese la actuación al juzgado de origen. Por el Magistrado Sustanciador se realizará la audiencia de lectura de la providencia, en la cual se notificará a las partes e intervinientes su contenido.

CÚMPLASE.

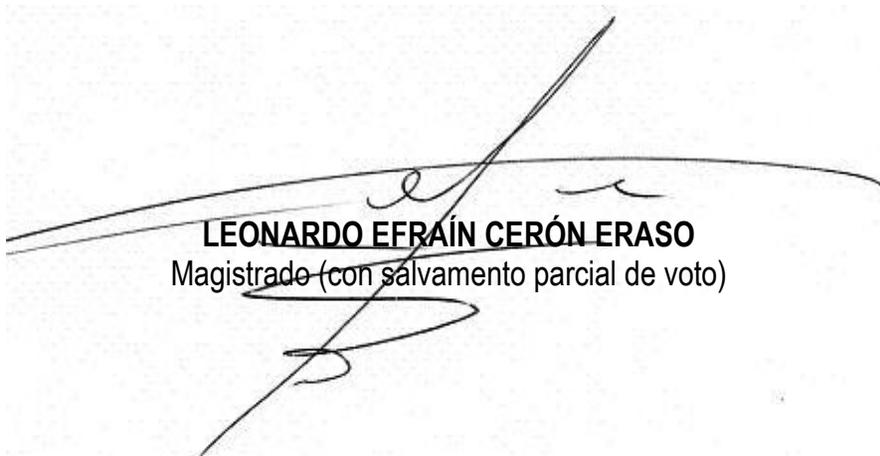
A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'O' followed by a series of loops and a final flourish.

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado (con salvamento parcial de voto)



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado (con salvamento parcial de voto)



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO	5100-6000-206-2020-11474-00
PROCESADO	NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIERREZ
DELITO	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
PROCEDENCIA	JUZGADO 47 PENAL MUNICIPAL DE MEDELLÍN
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA

Magistrado ponente

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto de siempre, me permito disentir del planteamiento de la Sala Mayoritaria exclusivamente en punto de la dosificación de la pena, por cuanto para la misma el aumento de 10 meses que hizo la juez *a quo* al mínimo de la pena prevista por el legislador no fue correcto.

Para ello, la Sala trae dos fundamentos: de un lado, que la pena fijada por el legislador para el tipo base es extremadamente alta por lo cual aumentarla, con base en los criterios del artículo 61, conllevaría a una sanción desproporcionada y exagerada y, de otro, que la actitud de colaboración del procesado para con la administración de justicia aconsejan partir solo de la pena mínima.

En mi criterio ambas razones no son admisibles, en primer lugar, porque los jueces debemos respetar al principio de legalidad de las penas, que implica acogernos a los baremos establecidos por el legislador y no a criterios subjetivos de conveniencia. En efecto, si en la ley están establecidos unos parámetros, los mismos son obligatorios para los jueces, como en este caso lo son los artículos 239, 240 y 61 del código penal, en donde se estableció la pena para el delito de hurto calificado y una mayor represión punitiva cuando está demostrada una

mayor intensidad del dolo, lo cual es evidente en este caso dada las condiciones en las que se perpetró el delito según se describe en la misma sentencia:

Para lograr el apoderamiento, NEIRO JUNIOR MOLERO GUTIÉRREZ y su acompañante, ejercieron actos de violencia contra la víctima, utilizando un arma de fuego con la que intentaron golpearlo en la cabeza, lo obligaron a agacharse, lo tiraron a la cama boca abajo apuntándole con el arma, lo amarraron de las manos, lo despojaron de todas sus pertenencias y lo amenazaron con matarlo si intentaba algo. Antes de huir amarraron a la víctima de los brazos y salieron corriendo...

En segundo lugar, el que el procesado haya colaborado con la Administración de Justicia por medio de uno de los mecanismos de justicia premial no es razón para desatender los lineamientos del artículo 61 penal, por cuanto tal hipótesis no está prevista en el ordenamiento jurídico.

Fecha *ut supra*



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado