

TEMA: REBAJA PUNITIVA- Es posible que a raíz de una aceptación unilateral de cargos se obtenga una rebaja de pena o que, mediante acuerdo entre la parte acusadora y la acusada, esta acepte su responsabilidad en el hecho endilgado a cambio de que aquella elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras disminuir la pena. /**PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES-**Es obligado para el juez -y los demás miembros del sistema penal- el conocer los principios y valores constitucionales en especial el de dignidad humana a más de los principios rectores de la ley penal y, para el caso, los principios y funciones de las penas, como norma rectora. Los principios constitucionales y legales se deben aplicar de manera principal, protagónica, preferente y obligatoria./ **PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD-**La privación de la libertad por seis (06) meses, se torna contraria al fin del derecho penal, no es idónea pues se torna en injusta, existen otras alternativas menos lesivas que cumplen mejor el objeto de la pena, a más de innecesaria pues vulnera en forma desproporcionada la dignidad humana de la condenada a más que tal medida es poco razonable y desconoce la razón de ser del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena./

HECHOS: JUAN DANIEL LONDOÑO RAMÍREZ, el 28 de julio de 2022 a eso de las 11 am, ingresó al almacén HOMCENTER de la carrera 48 No. 14-135 de la ciudad de Medellín, quien traspasó ciertas seguridades y se apoderó de un reloj SMARTWATCH marca HYUNDAI avaluado en \$279.000, instantes siguientes fue abordado por un guardia de seguridad quién se dio cuenta que portaba el bien, que el empaque estaba dañado y que no lo había pagado, no tenía la factura. De inmediato fue privado de la libertad y puesto a órdenes de las autoridades. La Juez 33 Penal Municipal de Medellín, doctora ANA SHIRLEY SÁNCHEZ LÓPEZ condenó al procesado en correspondencia con el allanamiento a cargos, así: (i) a la pena principal de prisión de seis (6) meses y cinco (5) días y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso y (ii) le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal. Los problemas jurídicos que se deben abordar, son: ¿La rebaja por allanamiento dispuesta por la primera instancia fue correcta, teniendo en cuenta la cuerda procesal por la que se adelantó la causa y el momento en que se produjo la aceptación de responsabilidad? ¿Es viable en este caso otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria al procesado pese a la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P.?

TESIS: Lo primero que debe señalarse es que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 2002 y la Ley 906 de 2004 se adoptó en Colombia, en materia penal, un sistema adversarial con tendencia acusatoria, el cual incluyó dentro de su arquitectura la existencia de figuras de justicia premial, como mecanismos efectivos de terminación anticipada del proceso. La dinámica de esta justicia premial no era otra que la concesión de rebajas punitivas en favor del procesado que, renunciando a sus derechos a guardar silencio y tener un juicio oral concentrado y con inmediación de la prueba, aceptara responsabilidad en los delitos por los que venía siendo procesado.(...) algunas garantías y principios se relativizan para permitir las negociaciones, por lo que es posible que a raíz de una aceptación unilateral de cargos se obtenga una rebaja de pena o que mediante acuerdo entre la parte acusadora y la acusada, esta acepte su responsabilidad en el hecho endilgado a cambio de que aquella elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras disminuir la pena. (...)en estos casos existe prima facie la flexibilización, más no la anulación, de por lo menos dos principios: de un lado, el de presunción de inocencia, porque para condenar no se requiere plena prueba de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado, sino solo de una mínima y sumaria sobre estas cuestiones, y, de otro, el de legalidad, como quiera que se puede

pactar beneficios asociados a una tipificación más benigna, que ciertamente puede contrariar parcialmente la realidad de los hechos, o una pena menos severa en términos de cantidad o calidad (ejecutabilidad), siempre y cuando lo uno o lo otro no desborde unos mínimos legales. (...) Hay consenso que la pena impuesta es la que la ley establece para esta clase de conductas; sin embargo, resulta muy complejo que para delitos con penas tan reducidas se tenga que imponer una consecuencia que resulta, al aplicar la ley de manera exegética, contraria a los principios y valores constitucionales, el desafío es ensayar alguna tesis que solucione de mejor manera este asunto. (...) el procedimiento restaurativo es un derecho de quienes son parte del problema jurídico que están viviendo, si hay una voluntad libre y consciente de las partes para hacer el mencionado procedimiento, tiene que permitirse la realización del mismo. El objetivo último, como lo hemos afirmado, es la paz social, en otras palabras, es una verdadera y auténtica reconciliación, que no solo es entendida para los delitos políticos sino también para todos los delitos de resultado, como algo muy superior a como usualmente los concebimos, de un simple contenido económico(...) desde la expedición de la Constitución Política actual, y, como se ha dicho, a partir del artículo cuarto de la misma, esta tiene fuerza normativa, tanto formal, como material, en consecuencia, no se aplica por excepción o en subsidio de la ley, la Carta Política se aplica de modo preferente, prioritaria, protagónica y con carácter obligatoria. La ley tiene que ser adecuada o, si se quiere, modulada conforme a la orientación de la Constitución, de sus principios y valores. Este es el cambio más importante y radical, por demás diferenciador, entre el discurso jurídico de Estado de Derecho y el actual y vigente de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho. Pero no es un cambio solo de estructuras e instituciones, todas estas tienen que reordenarse para realizar los principios y valores contenidos en la Constitución. Desde el punto de vista material, estos se resumen, en uno solo: LA DIGNIDAD HUMANA.(...) ¿Es justo y equitativo, coherente con el plexo de principios constitucionales y legales, la solución dada por la honorable Juez de primera instancia, al considerar que en un caso cuya pena de prisión impuesta es seis (06) meses, no sea acreedor al subrogado de la suspensión condicional de la pena? (...) Destaca la Sala que este es un caso diferente, es excepcional y requiere de un tratamiento distinto al de los casos ordinarios. (...) Lo más aconsejable es mantener la condena, pero frente al subrogado, la prohibición del mismo resulta muy desproporcionada.(...) Frente a la finalidad nos preguntamos si ¿el objetivo de la privación de la libertad se cumple en este caso? (...) efectivizar la privación de la libertad en este caso es sancionar no solo al infractor de la ley, sino a su familia, también su derecho a laborar y dar sustento a su familia, sobretodo, en un caso en el cual el daño social y personal a la sociedad y a la víctima no es tan relevante.(...) ¿la privación efectiva de la libertad, en el caso concreto, es una medida idónea para la realización de los fines propuestos por el derecho penal? Respondemos que esta es inidónea, puesto que las especificidades del caso hacen que las acciones del condenado y también las de la víctima, al igual que el bien jurídico protegido dejen sin fundamento la razón de la efectiva ejecución de la pena privativa de la libertad(...) las instituciones jurídicas se legitiman más con la aplicación de los criterios de justicia material, que enviando al condenado a la cárcel, en ese sentido la medida represiva deslegitima el sistema penal por exceso y abuso de sus poder (...) ¿esta medida de privación de la libertad es conducente para el logro de los fines del derecho penal? Es probable que sí, pero también existen otras alternativas menos lesivas de derechos fundamentales, el dar la suspensión a prueba, para el caso concreto, es la medida que a nuestro juicio es la más civilizada y acorde con el plexo de principios constitucionales como lo comentamos en su debido momento. (...) ¿la medida de privación efectiva de la libertad se torna en necesaria? (...) al existir otras alternativas y valorar otras circunstancias que no fueron tenidas en cuenta, al interpretar el hecho de manera integral y sistemática, y al concretar los principios y funciones de la pena, hacen innecesaria la aplicación de esta medida. (...) ¿Se torna en proporcional la privación efectiva de la libertad en este caso?(...) La privación de la libertad se torna, en este caso concreto, en una medida contraria a la

Carta, inútil y potencialmente dañina para el condenado. (...) ¿es razonablemente aceptable la medida privativa de la libertad?(...) Si se analiza el caso desde el punto de vista práctico y utilitarista, se puede observar que es mucho más costoso para el Estado la privación de la libertad del infractor que lo efectivamente apropiado, a más de la contradicción frente al estado de cosas inconstitucionales de las prisiones en nuestro país que recurrentemente declara la Corte Constitucional y la posibilidad de hacer un poco de coherencia evitando en estos casos la remisión de estas personas a los centros penitenciarios.(...) Por último, es pertinente recordar la razón del ser subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de como se cumple con los principios de prevención general y prevención especial, además de un contenido sustancialmente humanitario. (...)Son tantos los males que causa el cumplimiento de la pena privativa de la libertad de corta duración, y tal manifiestos los riesgos de nuevos delitos que crea, que el Estado se ve precisado a optar por caminos menos peligrosos.(...)

MP. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

FECHA: 26/07/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

ACLARACIÓN DE VOTO: LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO



Al servicio de la justicia y la paz social

SALA PENAL

Medellín, veintiséis (26) de Julio de dos mil veinticuatro (2024)

RADICADO	05001-6000-206-2022-16919
PROCESADA	JUAN DANIEL RAMIREZ LONDOÑO
DELITO	TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
TRÁMITE	PROCEDIMIENTO ABREVIADO
PROCEDENCIA	JUZGADO 33 PENAL MUNICIPAL DE MEDELLÍN

MAGISTRADO PONENTE:
DRS. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veinticinco (25) de Julio de dos mil veinticuatro (2024), mediante Acta Nro. 0040 y leído en la fecha.

1. ASUNTO A DECIDIR

Al no ser acogida la ponencia presentada por el magistrado dr. JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ, le correspondió a suscrito primer revisor hacer nueva ponencia. Se tomarán en cuenta para el efecto algunos recuentos procesales presentados en la ponencia inicial. Debe aclararse que ante la posesión de la H. Magistrada doctora CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN, en remplazo del dr. ACEVEDO, se hizo nuevamente sala en la que se acogió la posición de la procedencia del subrogado de la condena de ejecución condicional para el señor RAMIREZ LONDOÑO, sin embargo, el Dr. CERÓN ERASO llega a esa misma conclusión con argumentos diferentes, por ello aclara el voto.

2. HECHOS Y ACTOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

JUAN DANIEL LONDOÑO RAMÍREZ, el 28 de julio de 2022 a eso de las 11 am, ingresó al almacén HOMCENTER de la carrera 48 No. 14-135 de la ciudad de Medellín, quien traspasó ciertas seguridades y se apoderó de un reloj SMARTWATCH marca HYUNDAI avaluado en \$279.000, instantes siguientes fue abordado por un guardia de seguridad quién se dio cuenta

que portaba el bien, que el empaque estaba dañado y que no lo había pagado, no tenía la factura. De inmediato fue privado de la libertad y puesto a órdenes de las autoridades.

Al día siguiente se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura que consideró correcta la aprehensión, la Fiscalía declinó la medida de aseguramiento. La imputación se hizo por el delito de hurto, artículo 239 del C. Penal, calificado de conformidad con el numeral 1º inciso 1º del artículo 240 de la misma codificación: “con violencia sobre las cosas” y agravado en consonancia con el artículo 241 numeral 11 ibidem “... En establecimiento público o abierto al público,...”, en la modalidad tentada de conformidad con el artículo 27 del mismo código, cargos que el indiciado no aceptó.

El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado 33 Penal Municipal, cuya titular convocó a la audiencia de formulación de acusación, la cual fue aplazada a petición de la defensa y reprogramada para el 17 de noviembre de 2022, antes del inicio de la misma el procesado manifestó que se allanaba a los cargos, por lo que dio paso a la audiencia de verificación del acuerdo, determinaron los perjuicios derivados de la conducta punible en \$432.000 que fueron consignados en el número de cuenta aportado por la víctima y posteriormente procedió al proceso de individualización de la pena.

3. DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

La Juez 33 Penal Municipal de Medellín, doctora ANA SHIRLEY SÁNCHEZ LÓPEZ condenó al procesado en correspondencia con el allanamiento a cargos, así: (i) a la pena principal de prisión de seis (6) meses y cinco (5) días y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso y (ii) le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal.

La funcionaria de conocimiento frente a la dosificación punitiva consideró que el procesado tiene derecho a la rebaja post-delictual por la aceptación de cargos. Para ello se tendrá en cuenta que la captura fue flagrancia y que el allanamiento tuvo lugar con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, de conformidad con el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, por lo cual tendrá derecho a una disminución de una cuarta parte de la tercera parte correspondiente, que equivale hasta el 8.33% de la pena.

Ante la petición de excepción de inconstitucionalidad del artículo 68A del Código Penal y en subsidio la prisión domiciliaria bajo los mismos argumentos, precisó que la tesis de la defensa se aprecia exclusivamente interpretativa y no aporta elemento alguno del que pueda colegirse la incompatibilidad de la norma legal para el caso en concreto con alguna disposición de carácter constitucional.

Adujo que ante la ausencia de argumentos que sustenten la postulación de la defensa en clave contradicción con los postulados constitucionales, teniendo en cuenta los fundamentos jurisprudenciales, no es dable para la judicatura pronunciarse respecto a que no se tienen en cuenta aspectos criminológicos o relativos al estado de cosas inconstitucionales de los centros penitenciarios. En el entendido de que se trata de una facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Argumentó el representante del procesado, que el caso objeto de estudio reviste poca gravedad, por cuanto no hubo incremento patrimonial, hubo ruptura de un empaque, lo cual lo lleva a cuestionar que alarma social ocasionó este acto de un hombre joven, imprudente que obró por estado de necesidad, pero no había suficiente intensidad en el dolo para poder predicar el impacto social y la alarma que se causó, por lo tanto debe emplearse el derecho penal como última ratio. En punto a la concesión de los subrogados penales, en el presente caso se reúnen los requisitos objetivos establecidos en el artículo 63 del estatuto penal, debido a que la norma establece que la ejecución de la pena privativa impuesta en la sentencia se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, siempre que concurren los demás requisitos que establece la referida norma, ello por cuanto la pena a imponer es de seis (6) meses y cinco (5) días de prisión, lo cual se traduce en que la pena es inferior a 4 años de prisión. Y si bien la condena se efectuó por los delitos de hurto calificado y agravado, es preciso hacer mención que en la oportunidad conferida por el artículo 447 del C.P.P. se expuso como fundamento una excepción de inconstitucionalidad del artículo 68ª del C.P., teniendo en cuenta que el calificante endilgado encuentra prohibición legal, según lo normado en el artículo citado.

En su sentir, es clara la contradicción del artículo 68A del C.P. con presupuestos constitucionales como lo es la dignidad humana, la libertad personal y el estado de cosas

inconstitucionales por el hacinamiento carcelario, por lo tanto, en ese sentido su solicitud se centra en la aplicación de acción constitucional, que permite apartarse de una norma legal para el caso específico por ir en contravía de derechos constitucionales.

A la par, afirmó que el calificante endilgado se configuraba por la ruptura de un empaque, lo cual deja claro la contradicción de la norma incluso con el principio de proporcionalidad de la sanción y, con la falta de conocimiento en aspectos criminológicos por parte del legislador a la hora de legislar sobre el artículo 68 A, al excluir beneficios y subrogados penales de manera genérica, dejando a un lado la valoración del daño y aspectos personales, laborales y sociales del procesado, teniendo en cuenta que Juan Daniel se demostró arrepentido por la conducta cometida y que se había avanzado en la resocialización, al punto que consciente de su error ha hecho todo lo que está en sus manos para enmendarlo, recibiendo tratamiento psicológico, sin olvidar la difícil situación en que estaba.

Expresó que, la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o herramienta con la que cuentan los jueces y a través de esta puede darse una valoración mucho más amplia a los elementos materiales probatorios que permita que las decisiones no se basen únicamente en la calificación jurídica que se endilga sino en un análisis integral de las situaciones en concreto. Y se debe buscar nuevas alternativas a la pena privativa de la libertad.

Es claro entonces que, no hubo apropiación del objeto, se daño fue una envoltura, hubo reparación integral, es infractor primario de la ley, no tiene antecedentes penales, tiene arraigo definido, tiene trabajo lícito.

Concluye manifestado que como lo dijo el tratadista Reyes Echandía, cuando exponía sobre los subrogados penales, que no se pueden negar con base a formalismos insustanciales como ocurrió en este caso. ¿Dónde está la humanización de la pena?, ¿donde está el avance del derecho penal, cuando las políticas de estado tienden al perdón u otras alternativas?

Ahora bien, frente a la dosificación de la pena refirió que el proceso se tramitó bajo el procedimiento abreviado y su representado se allanó a cargos ante de la instalación de la audiencia concentrada y dentro de la dosificación de la pena se debió reconocer el 50% por allanamiento que compasa con el reconocimiento de la Fiscalía del 75%, por cuanto no es un beneficio sino un derecho. Solicitó finalmente que el Tribunal revoque la decisión de no

conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria y que se reconozca el 50% por allanamiento.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al ser superior funcional de la Juez que dictó la sentencia apelada, es competente esta Sala para conocer el recurso presentado. Lo anterior con fundamento en el artículo 34 numeral 1 del C.P.P.

Con base en las manifestaciones realizadas por parte del censor en su escrito, encuentra la Sala que los problemas jurídicos que se deben abordar, son:

- ¿La rebaja por allanamiento dispuesta por la primera instancia fue correcta, teniendo en cuenta la cuerda procesal por la que se adelantó la causa y el momento en que se produjo la aceptación de responsabilidad?
- ¿Es viable en este caso otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria al procesado pese a la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P.?

Con miras a una mejor estructura lógica de la decisión a adoptar por la Sala mayoritaria, se abordará cada interrogante de forma particular.

Antes de ello es preciso advertir que casos como el presente bien podrían ser solucionados de una manera más consecuente, aplicando para el efecto el principio de oportunidad, en este punto la Fiscalía General de la Nación debe hacer efectiva dicha normatividad, por ejemplo, los numerales 1, 7, 12, 13 y 14 del artículo 324 del C.P.P., ello ahorraría muchos esfuerzos a la judicatura y, por sobretodo, se solucionarían de mejor manera los conflictos penales de menor entidad.

5.1 ¿La rebaja por allanamiento dispuesta por la primera instancia fue correcta, teniendo en cuenta la cuerda procesal por la que se adelantó la causa y el momento en que se produjo la aceptación de responsabilidad?

Lo primero que debe señalarse es que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 2002 y la Ley 906 de 2004 se adoptó en Colombia, en materia penal, un sistema adversarial con tendencia acusatoria, el cual incluyó dentro de su arquitectura la existencia de figuras de justicia premial, como mecanismos efectivos de terminación anticipada del proceso.

La dinámica de esta justicia premial no era otra que la concesión de rebajas punitivas en favor del procesado que, renunciando a sus derechos a guardar silencio y tener un juicio oral concentrado y con inmediación de la prueba, aceptara responsabilidad en los delitos por los que venía siendo procesado.

Dicho de otra manera, en el modelo abreviado o consensual se parte de la aceptación de responsabilidad por parte del procesado, aceptación que puede ser unilateral e incondicionada (allanamiento a cargos) o bilateral (preacuerdos o negociaciones). Ese hecho permite flexibilizar algunas garantías procesales para lograr el fin propuesto, que no sería otro que el de agilizar la respuesta punitiva del Estado frente a la transgresión de la ley.

Ciertamente en este segundo sistema algunas garantías y principios se relativizan para permitir las negociaciones, por lo que es posible que a raíz de una aceptación unilateral de cargos se obtenga una rebaja de pena¹ o que mediante acuerdo entre la parte acusadora y la acusada, esta acepte su responsabilidad en el hecho endilgado a cambio de que aquella elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras disminuir la pena².

¹ Arts. 351, 356, y 367 de la Ley 906 de 2004

² Art. 350 idem

Como resulta evidente, en estos casos existe prima facie la flexibilización, más no la anulación, de por lo menos dos principios: de un lado, el de presunción de inocencia, porque para condenar no se requiere plena prueba de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado, sino solo de una mínima y sumaria sobre estas cuestiones, y, de otro, el de legalidad, como quiera que se puede pactar beneficios asociados a una tipificación más benigna, que ciertamente puede contrariar parcialmente la realidad de los hechos, o una pena menos severa en términos de cantidad o calidad (ejecutabilidad), siempre y cuando lo uno o lo otro no desborde unos mínimos legales³.

Además, las rebajas de pena resultante de la aplicación de cualquiera de las mencionadas figuras deben ser respetuosas de los principios de legalidad, proporcionalidad y progresividad, lo que se traduce en la imposibilidad de otorgar disminuciones no previstas en la ley teniendo en cuenta la fase procesal en que se aplique la figura procesal.

Así, en materia de allanamientos, se tiene que si la aceptación de cargos se da en la audiencia de imputación la rebaja puede ser de hasta la mitad⁴; si el hecho procesal se presenta en la audiencia preparatoria, la rebaja puede ser de entre una sexta a la tercera parte⁵; por último, si la rebaja se da en la instalación de la audiencia de juicio oral, el beneficio punitivo a obtener solo será de rebajar una sexta parte de la pena⁶.

Además, en materia de aceptación unilateral debe tenerse en cuenta la cuerda procesal por la cual se adelantó la causa y la existencia de captura en flagrancia del encartado, dado que si esta se tramitó por la Ley 1826 de 2017 las rebajas antes señaladas no sufren ninguna variación; empero, si existe aprehensión en flagrancia y el proceso se tramita bajo el procedimiento ordinario de la Ley 906 de 2004, las rebajas solo serán de

³ Cfr. CSJ. Rads 42184 del 15 de octubre de 2014, 40871 de 2014, 31531 del 8 de agosto de 2009, 31280 del 8 de agosto de 2009 y Corte Constitucional, Rads. C-059 de 2010, C- 1260 de 2005

⁴ Arts. 288.3 y 351 de la Ley 906 de 2004

⁵ Art. 356.5 ibid.

⁶ Art. 367 inc. 3 ibid.

una cuarta parte de la inicialmente contemplada, de conformidad con lo señalado en el párrafo del canon 301 del código de procedimiento penal.

Así, viable resulta concluir que los términos procesales constituyen baremos infranqueables para determinar los extremos de la rebaja a obtener por allanamiento a cargos y que el tiempo en que se presenta es un factor que sirve como fundamento para escoger de ese interregno el monto exacto del beneficio.

En materia de preacuerdos la situación legal de las rebajas varía un tanto, puesto que para las negociaciones que se dan desde la imputación hasta la presentación de la acusación, se puede otorgar una rebaja que va de la 1/3 parte a la mitad⁷. En punto a lo entendido por el término “presentación de la acusación”, harto se ha discutido en la jurisprudencia, dado que un sector entiende que este se surte con la mera presentación del escrito de acusación y otra parte afirma que, al ser la acusación un acto complejo, esta solo se agota con la verbalización, siendo hasta ese punto donde se mantiene el monto de rebaja antes señalado.

El legislador previó que, una vez presentada la acusación y hasta antes de interrogarse al acusado sobre su deseo de allanarse a cargos en la audiencia de juicio oral, se podían presentar preacuerdos cuya rebaja será de una tercera parte de la pena⁸.

Así, como se puede observar, bajo estos estrictos parámetros legales se encuentran reguladas las rebajas a las que pueden acceder los procesados por vía del empleo de mecanismos de justicia premial.

En el presente asunto se tiene que el señor Juan Daniel Londoño Ramírez viene siendo procesado por el delito de hurto calificado y agravado tentado, sobre un bien cuyo valor era inferior a 1 SMLMV, de conformidad con lo previsto en los artículos 239, 240 inc. 1 # 1, 241 # 11, 268 y 27 del C.P., siendo condenado a la pena de 6 meses y 5 días de prisión, producto de la aceptación unilateral de cargos.

⁷ Art. 351 ibid.

⁸ Art. 352 ibid.

La juez de primer nivel arribó a ese guarismo por conceder una rebaja del 75% por reparación y de un 8.33% por el allanamiento a cargos, teniendo en cuenta la captura en flagrancia y que la aceptación ocurrió luego de presentado el escrito de acusación.

Precisamente, uno de los puntos de disenso presentados por el censor estribó en la rebaja que se le otorgó a su prohijado por el allanamiento, dado que este consideró que al tramitarse el proceso por la Ley 1826 de 2017 la dismunición debió ser del 50% por no existir la limitante del párrafo 301 del C.P. en casos de aprehensión en flagrancia.

Analizada la postura de la juez y los planteamientos del defensor, considera la Sala que yerra el recurrente en parte de sus consideraciones, habida cuenta que el proceso se tramitó bajo el procedimiento regido por la Ley 906 de 2004 y no por el de la 1826 de 2017, situación que hace plenamente aplicable la limitante del párrafo del canon 301 del C.P.P., tal como con acierto, hasta ese punto, lo hizo la juez de la causa.

No obstante, la Magistratura si detecta la existencia de un error en la dosificación de la pena, en punto a la determinación de la rebaja por allanamientos que es menester corregir en esta sede. En efecto, si bien la funcionaria judicial aplicó correctamente la limitante por la aprehensión en flagrancia, lo cierto es que ello no ocurrió con la determinación de los baremos de rebaja otorgable por allanamiento, por cuanto la cuestión del momento de la formulación de la acusación es algo relevante para los preacuerdos, en razón de lo previsto en el artículo 352 procesal; pero no para los allanamientos que tienen normas que rigen autónomamente a la figura, tal como se vio en precedencia.

En este caso, no puede obviarse que el mecanismo de terminación anticipada empleado lo fue la aceptación unilateral e irrestricta de los cargos imputados y que este tuvo lugar antes de que se diera inicio a la audiencia preparatoria, lo que haría que la rebaja a obtener por dicho acto de colaboración con la justicia estuviera, en virtud de los principios de proporcionalidad y progresividad, circunscrita desde un 12,5% a un 8,33% de la pena a imponer.

Ponderando el momento específico del estadio procesal en que se dio la aceptación, mal haría esta Sala en considerar como admisible la imposición de la rebaja prevista para la audiencia preparatoria, como lo hizo la a quo, cuando el allanamiento se dio a inicios de la audiencia de acusación, es decir en un momento procesal más temprano.

En consecuencia, la Magistratura considera proporcional otorgarle a RAMÍREZ LONDOÑO una rebaja del 11% de la pena impuesta inicialmente, por ser respetuosa de todos los demás criterios que tuvo la primera instancia para seleccionar, previo a la rebaja por allanamiento, la pena a imponer.

Así, la pena que deberá purgar el procesado por cuenta de la rebaja por allanamiento y teniendo en cuenta la limitante contenida en el parágrafo del canon 301 del C.P.P., será de seis (6) meses de prisión, debiendo ser modificada la sentencia recurrida en ese específico punto.

5.2. FRENTE AL SUBROGADO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Hay consenso que la pena impuesta es la que la ley establece para esta clase de conductas; sin embargo, resulta muy complejo que para delitos con penas tan reducidas se tenga que imponer una consecuencia que resulta, al aplicar la ley de manera exegética, contraria a los principios y valores constitucionales, el desafío es ensayar alguna tesis que solucione de mejor manera este asunto. La ponencia inicialmente presentada -y que no fue acogida- planteaba la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria, incluso se habló de la aplicación de la justicia restaurativa, fue el punto de mayor discusión en sala, por mayoría se acogió el criterio de que la vía más indicada es la aplicación de los principios de la Constitución Nacional así como los principios y normas rectoras de la ley penal y procesal penal para otorgar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Observa la Sala mayoritaria que la justicia restaurativa no se da en el caso bajo estudio, en el proceso radicado 2017-51893 del 22-02-22, se hizo una aproximación a este concepto de la siguiente manera:

“ESTER PASCUAL RODRIGUEZ, en la presentación del libro de FRANCO CONFORTI, sobre el Hecho Jurídico Restaurable, define en sentido amplio la justicia restaurativa como:

“un método de resolución de conflictos que atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social mediante el diálogo y el encuentro personal entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer, de modo efectivo, las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito. Dependiendo del marco legal y las peculiaridades sociales y culturales, adoptará unas u otras modulaciones”⁹

Una de las mejores síntesis de este modelo es la expuesta por ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA en su tratado de Criminología, cuando manifiesta:

“El modelo INTEGRADOR redefine el propio ideal de justicia. Concibe el crimen como un CONFLICTO INTERPERSONAL, concreto, real, histórico, rescatando una dimensión de éste que el formalismo jurídico había neutralizado. Orienta la respuesta del sistema más a la REPARACIÓN DEL DAÑO que el infractor causó a SU víctima, a las responsabilidades de éste y las de la comunidad, que al castigo mismo. Se propone, pues, intervenir en dicho conflicto constructiva y solidariamente, sin metas represivas, buscando SOLUCIONES. Y no desde su “auctoritas”, sino a través del pacto, del consenso, del arreglo, de la composición: mediante la NEGOCIACIÓN, confiando en la capacidad de los implicados para encontrar fórmulas de compromiso. La JUSTICIA RESTAURATIVA no gira ya en torno a la idea excluyente y obsesiva del castigo, sino de la REPARACIÓN, la CONCILIACIÓN y la PACIFICACIÓN. Enfatiza la relevancia de ciertas instituciones primarias, de la educación, de la comunicación, de la reconstrucción de LOS VÍNCULOS INFORMALES POSITIVOS como garantía del acatamiento a las normas y la prevención del delito. El modelo INTEGRADOR, por tanto, ofrece y evoca una nueva IMAGEN de la justicia, de la faz humana, que ya no es una diosa distante, con los ojos vendados, sorda y muda, ni ciñe la espada. Una justicia mas LEGA que profesional, próxima al ciudadano, de marcado perfil COMUNITARIO, PACIFICADORA, COMUNICATIVA, PARTICIPATIVA, INTEGRADORA. Que comprende los conflictos, DESDE DENTRO y trata de buscar soluciones a los mismos, no de imponerlas. Constructiva, no represiva. Que sintoniza con los VALORES éticos, con el sentido común ciudadano, con la experiencia humana y comunitaria, sin refugiarse en formalismos y

⁹ Ob. Cit. Pág. 22 y 23.

exigencias utilitaristas. Una justicia que busca en la CONFRONTACIÓN INFRACTOR/VÍCTIMA con mecanismos eficaces de comunicación e interacción hábiles para generar actitudes positivas recíprocas de los implicados. Todo ello, además, mediante PROCEDIMIENTOS DESFORMALIZADOS, flexibles, operativos que facilitan la negociación, el tratamiento del conflicto (CRIME HANDLING) y su solución satisfactoria, sin perjuicio de un elemental control que garantice los derechos fundamentales de los implicados.”¹⁰

Consideramos que el procedimiento restaurativo es un derecho de quienes son parte del problema jurídico que están viviendo, si hay una voluntad libre y consciente de las partes para hacer el mencionado procedimiento, tiene que permitirse la realización del mismo. El objetivo último, como lo hemos afirmado, es la paz social, en otras palabras, es una verdadera y auténtica reconciliación, que no solo es entendida para los delitos políticos sino también para todos los delitos de resultado, como algo muy superior a como usualmente los concebimos, de un simple contenido económico, por ello nos permitimos citar lo que en el contexto de justicia restaurativa se entiende por tal:

“Reconciliación significa recuperar para la sociedad a las víctimas y a los victimarios: a las víctimas, mediante la realización de su significación política: a los victimarios, mediante un proceso vertebrado en torno al concepto de “perdón político”, un gesto gratuito por parte de la víctima, pero no gratis pues presupone un ademán previo del victimario. Si de lo que se trata es de un nuevo comienzo, hay que hablar de la importancia que tiene esa doble recuperación: la de la víctima y del victimario. Si importante es el grito de inocente que clama justicia por el daño recibido, importante es también la experiencia de quien, habiendo practicado la violencia, puede renunciar a ella y puede ser liberado del fardo de la culpabilidad. Uno y otro, aunque por razones opuestas, están en el secreto de la violencia que debemos superar”.¹¹¹²

El hecho de una presentación de una cuenta de cobro, abusiva por demás, y el pago de la misma, a juicio de la Sala mayoritaria, no colma la exigencia humanista que se requiere para hablar de justicia restaurativa, no existe un diálogo ni un encuentro personal, la solución simplemente económica no es suficiente, no se plantearon soluciones distintas, menos se tiene claridad respecto de las causas de la infracción ni se hizo un proceso real de pacificación, la interacción entre el victimario, vale decir su representante legal o, más concreto, el gerente del almacén y la víctima brilla por su ausencia. Si bien son muy respetables los argumentos de nuestro compañero de Sala, repetimos, para el caso en estudio esta figura es inaplicable.

¹⁰ Ob. Cit. Págs. 1008 y ss

¹¹ Reyes Mate Rupérez. Justicia de las Víctimas. Anthropos Editorial. Barcelona. Página 10.

¹² Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. Proceso Radicado con el número 2017-51893, del 22-02-22. M.P. Oscar Bustamante Hernández en sala con el dr. Leonardo E. Cerón Eraso y salvamento de voto del dr. Ricardo De La Pava Marulanda. Fue el caso en que el autor de un hurto calificado y agravado, luego de su captura reconoce y acepta la comisión del delito, indemniza el daño causado, la víctima de los hechos se presenta y pide a la judicatura que se le de una nueva oportunidad al condenado, que lo perdonó e, incluso, que lo tiene nuevamente trabajando en el negocio en donde cometió el delito, que son amigos. Como se ve, ahí sí existe un resultado restaurativo. El Tribunal le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por ello es obligado buscar otra alternativa para lograr un poco de justicia material en este caso.

Partimos de la base que la decisión de primera instancia dictada por la honorable Juez, si bien muy es muy respetable, y que es la manera como decide un juez penal en nuestra nación, no se puede compartir pues esta repugna con la Constitución, sus principios fundantes y sus valores, y su desarrollo en los principios rectores de la ley penal, más concretamente, de los principios de las sanciones penales y la función de las penas, artículos 3 y 4. La nueva concepción del derecho, vigente en Colombia desde la expedición de la Carta de 1991, es constitucional más que legal, son protagónicos los principios y valores contenidos en ella que la misma ley, por tanto, se hace imperativo el conocerlos y dominarlos, así como la realidad que se juzga y el contexto en que esta se aplica, en este sentido el juez adquiere una carga mayor, en orden a, en últimas, tomar decisiones lo mas justas, igualitarias, y por sobretodo, ahora, pacificadoras de los conflictos sociales del día a día. El tratadista SERGIO ESTRADA VÉLEZ explica la importancia de los principios en nuestro sistema constitucional¹³, que por demás es el criterio con el cual los administradores de justicia y, en general, todos los que somos parte de nuestra nación, debemos obrar:

“Ese nuevo constitucionalismo está caracterizado por el aumento del carácter o fuerza normativa de la Constitución, que convirtió todos sus enunciados (incluyendo las directrices y los valores) en normas jurídicas con el fin de limitar el ejercicio del poder, generando el incremento de la discrecionalidad judicial. Así como con las directivas de la interpretación se trató de corregir algunos de los efectos nocivos de la aplicación racional de la ley, con la argumentación jurídica se buscó limitar la discrecionalidad judicial, que vino en aumento con el empleo de los elementos políticos (directrices) y morales (valores) en la justificación judicial.

“En Colombia, el juicio de razonabilidad o adecuación de la norma a la realidad, dio pie a la aplicación de principios generales como normas jurídicas por parte de la denominada Corte de Oro. La teoría de la imprevisión en los contratos, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, etc, se consideraron normas jurídicas que permitieron soluciones razonables a situaciones que carecían de expresa regulación legal o que, existiendo norma aplicable, su adopción como norma de solución para el caso concreto no cumplía con la finalidad para la cual está instituido el ordenamiento jurídico.

“Lejos debemos estar de aquella aplicación mecánica de la ley bajo el sistema racional propio de las ciencias exactas. El principio de justicia material o verdaderamente eficaz, se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una

¹³ ESTRADA VÉLEZ, SERGIO. La excepción de principalidad o los principios en serio. Medellín. Ed. Jurídica Sánchez. 2023. Pás. 121, 122 y 123.

determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, en el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

“A la vez la Corte Constitucional ha dispuesto que la interpretación de las normas de la Carta “debe estar orientada por un criterio de razonabilidad, por cuanto las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. Esto significa entonces que no puede el intérprete constitucional atenerse al tenor literal de una norma cuando esta produce consecuencias absurdas”. Son los principios generales del derecho, como normas jurídicas (concepto), el test de proporcionalidad y la argumentación (métodos), las herramientas con las que se busca garantizar la razonabilidad.

Acerca de la función de los principios en la interpretación, la Corte sostiene que “el Estado Social de derecho presupone el control constitucional de las leyes y la efectividad de los valores, principios y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, la ley pierde la posición de criterio último y definitivo de interpretación, para dar lugar a la preponderancia del texto constitucional”, reitera la Corte “Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda su fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental”. Advierte a su vez que “habrá casos en los que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo (del artículo 230) llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta”. En síntesis, no es posible asumir una actividad interpretativa al margen de los principios generales del derecho. De esta manera, se puede afirmar que los principios jurídicos cumplen una doble función: una auxiliar (interpretar, integrar y crear derecho) y una principal (validar las restantes normas del ordenamiento, concretar valores y limitar el ejercicio del poder)”.

El recurrente habla que se tendría que aplicar la “excepción” de inconstitucionalidad. Si bien ese término ha hecho carrera, en los momentos actuales pierde sentido, aclaramos, la expresión semántica, pero no el contenido mismo de lo que se quiere significar. Tal término es explicable en el discurso de Estado de Derecho, pues en este la ley era el centro del derecho y de la interpretación jurídica, desde la reforma constitucional de 1910 se consagró esa posibilidad (acto legislativo No.3 de 1910, artículo 40), con influencia clara del sistema jurídico de los Estados Unidos de América y conexas con el poder de interpretación difuso, vale decir, la potestad del juez colombiano de interpretar y aplicar la Constitución directamente. Sin embargo, esta facultad está inmersa dentro del sistema jurídico positivista que remitía la solución jurídica a lo establecido en la ley con limitados márgenes para la aplicación de la Constitución Política, incluso, para que tuviese cierta fuerza normativa el título III de la

Constitución Política de 1886, que trató de los derechos civiles y garantías sociales, fue, por orden misma de la Carta de 1886 (art. 52 y reafirmado en el artículo 7 de la ley 153 de 1887), incorporada al Código Civil. Además, la misma ley 153 de 1887 que regulaba las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, establecía cierto protagonismo a la “doctrina constitucional”, para interpretar la ley, incluso, se consagraba el principio de la primacía constitucional sobre la ley, pero no era la primera ni la más importante opción, sino que se constituyó, al final, en un criterio subsidiario. En el mundo práctico, la aplicación de esta figura en tiempos anteriores a la Constitución de 1991, por parte del juez normal, es muy extraño. En ese contexto es explicable que el término de “excepción” de inconstitucionalidad. En tiempos posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución se han presentado pronunciamientos respecto a esta figura, incluso se constituye en una vía de hecho el no hacerlo, en especial por el claro desconocimiento de la Carta con sus principios y valores, citamos las sentencias SU 132 de 2013, la T-518 de 1995, la T-681-2016 y la T-215 de 2018, entre otras muchas.

Ahora, desde la expedición de la Constitución Política actual, y, como se ha dicho, a partir del artículo cuarto de la misma, esta tiene fuerza normativa, tanto formal, como material, en consecuencia, no se aplica por excepción o en subsidio de la ley, **la Carta Política se aplica de modo preferente, prioritaria, protagónica y con carácter obligatoria**. La ley tiene que ser adecuada o, si se quiere, modulada conforme a la orientación de la Constitución, de sus principios y valores. Este es el cambio más importante y radical, por demás diferenciador, entre el discurso jurídico de Estado de Derecho y el actual y vigente de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho. Pero no es un cambio solo de estructuras e instituciones, todas estas tienen que reordenarse para realizar los principios y valores contenidos en la Constitución. Desde el punto de vista material, estos se resumen, en uno solo: LA DIGNIDAD HUMANA. Toda la estructura dogmática y sustancial, directa o indirectamente se orienta o debe hacerlo, para lograr ese fin esencial, resaltamos, la realización plena del ser humano, este cometido se debe hacer realidad en cada uno de los conflictos sociales y jurídicos que son conocidos por el derecho y con ello hacer también realidad el cambio de paradigma de que todas las entidades públicas y privadas están al servicio del ser humano, dispuestos a ser instrumento de su plena realización.

La concreción más clara de este postulado, en estos momentos, es el desarrollo y aplicación de toda la teoría de los derechos humanos y/o fundamentales. Incluso, con la potencialidad de que estos sobrepasen para su realización la soberanía interna de los Estados. En otras palabras, para la defensa, protección o realización de estos derechos, se presentan no solo

controles internos, tanto desde el punto de vista abstracto y también para las situaciones concretas. Además, desde el punto de vista externo se erige el control de convencionalidad, al respecto es de vital importancia el aporte actual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual nuestro estado es parte y se compromete a dar cumplimiento a sus decisiones.

Ahora, el cometido anterior no solo es carga de las instituciones públicas y sus servidores, también los es para los particulares, todos y cada uno de los seres humanos residentes en nuestra patria, tenemos el derecho y también la obligación de realizar el anterior postulado. Todos estamos unidos en orden a la consecución del bien común colectivo que se concreta en la suma del bien personal de cada uno de los colombianos y en especial de los más desfavorecidos. De todas maneras, en las relaciones jurídicas del día a día surge un funcionario encargado de la solución con poder vinculante que es el JUEZ, se erige como el máximo protector y realizador de los derechos humanos en todos los casos que conoce, tanto los procesos ordinarios como los constitucionales, al punto que hoy en día es inaceptable esa bipolaridad jurídica según la cual el funcionario judicial en los procesos constitucionales actúa aplicando la Constitución y en los procesos ordinarios aplica la ley.

Por lo anterior, compartimos lo dicho por la Corte Constitucional para el caso del control de los acuerdos y negociaciones, en materia penal, en las conclusiones de la sentencia SU 479 de 2019:

“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.

Al verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los preacuerdos, lo que el juez penal realiza es un control material, no solo porque en virtud de su rol de juez constitucional le corresponde verificar que no se transgredan principios constitucionales y derechos fundamentales, sino porque la misma Ley 906 de 2004 al regular la figura, dejó claro que los preacuerdos debían respetar las garantías fundamentales, siendo algunas de ellas el principio de legalidad; los derechos fundamentales de las partes intervinientes y los fines del artículo 348 del estatuto procesal penal.”

El principio de dignidad humana, y los principios y valores constitucionales, son desarrollados de una manera concreta conforme la relación jurídica que regula cada sistema normativo, en cada especialidad del derecho existen unos principios o normas rectoras que se tornan en prevalentes y obligatorias, que por demás, irradian toda la legislación correspondiente, no necesariamente están en los primeros capítulos de los códigos o leyes, para el administrador de justicia es preciso que los conozca y domine en orden a su correcta aplicación. Reiteramos la idea que son estos principios desarrollo de la Constitución. Obvio, es preciso para el intérprete el conocer y concretar el principio mismo, ello en orden a darle alcance y determinar el uso – y evitar el abuso- del mismo. Ahora, se exige no solo el conocimiento de la ley en su aspecto mecánico e instrumental, sino irradiado por el plexo de principios e interpretaciones de los mismos que se hace a todo nivel, su análisis siempre será con espíritu crítico y en orden a dar una mejor respuesta para la justa y equitativa solución del caso concreto, esta es la habilidad más deseada del administrador de justicia de nuestros días.

En este sentido el profesor JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA invita a la siguiente reflexión:

“Solo quien sabe qué es un principio y cuál es su fuerza normativa, qué es un valor y cómo se inserta en el “deber ser” de la norma (tanto en su aspecto estático cuanto en la dinámica de su aplicación), puede realmente llegar a una interpretación de la ley conforme al mismo tiempo con los principios generales del derecho y con los contenidos en la ley (normas rectoras, o principios rectores contenidos en ellas) en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Quién no se interese de verdad en todas estas cosas, puede por cierto servir como policía de un Estado autoritario, pero no como juez, abogado o jurista de un Estado de Derecho.”

En el sistema penal, tanto en el Código Penal, como en el Procedimiento Penal y el Estatuto Penitenciario, se contemplan unas normas rectoras, sin embargo en el plexo legal se pueden desprender otros principios igual de vinculantes, por ejemplo, las facultades de las partes en la actuación procesal, los criterios que rigen la actuación procesal, los criterios para la actuación en fase de investigación, o los expuestos para la privación de la libertad, o el de los acuerdos y negociaciones, o los de pruebas, o el de justicia restaurativa, etc. También son aplicables aquellos desarrollados en Tratados Internacionales y las decisiones convencionales. Frente a estos principios en materia penal JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA afirma lo siguiente:

*“.. Los principios vinculan y deben permanecer sobre la normatividad y se imponen al aplicador de la ley. Las llamadas **normas rectoras** del derecho penal, son la decantación positiva de los principios ya especificados, formulados y concretados en el sistema penal, normas que siendo legales, prevalecen sobre las demás de la ley penal, por ser desarrollo, aplicación y concreción de principios más generales y universales de rango supralegal. La idea que sustenta que los principios no son vinculantes no parece aceptable pues desconoce la supremacía de los principios universales de derecho establecidos en Convenios Internacionales y reconocidos en la Carta Política, art. 93, así como la supremacía y obligatoriedad del Jus cogens, aunque aquí téngase en cuenta que el término principio **no** resulta sinónimo de “principios generales de derecho” a que se refiere el artículo 230 de la Constitución”. El principio debe regir para el legislador como para el intérprete y el aplicador de la ley, pues el mismo informa y penetra con su fuerza ideológica toda disposición penal lo mismo que la concreta aplicación del sistema punitivo a un caso concreto”.¹⁴*

Todo el discurso anterior es importante para la correcta solución del caso presente: el planteamiento del problema jurídico en concreto es el siguiente: ¿Es justo y equitativo, coherente con el plexo de principios constitucionales y legales, la solución dada por la honorable Juez de primera instancia, al considerar que en un caso cuya pena de prisión impuesta es seis (06) meses, no sea acreedor al subrogado de la suspensión condicional de la pena? La respuesta más fácil es la exegética: como quiera que está expresamente prohibida la concesión del subrogado del artículo 63 del C.P, para el delito de hurto calificado por disposición del artículo 68ª del C. P., esta no se concede.

Destaca la Sala que este es un caso diferente, es excepcional y requiere de un tratamiento distinto al de los casos ordinarios. Es cierto que existe un juicio de desvalor de la conducta, una lesión al patrimonio económico; obvio, este fue resarcido, si se quiere tal situación reduce en mucho las consecuencias punitivas, sin embargo, este evento no extingue la acción penal, entre otras cosas, puesto que permitirlo impone un modo de pensar criminógeno: si me apropio de los bienes de los almacenes de cadena existen dos posibilidades, la primera que “corone la vuelta”, la segunda, que sea capturado en este evento indemnizo y quedo libre de requerimientos penales hecho que no es admisible desde el punto de vista ético y jurídico, pues invita a la comisión de esas conductas. Por ello, lo más aconsejable es mantener la condena, pero frente al subrogado, la prohibición del mismo resulta muy desproporcionada.

¹⁴ Citado por ESTRADA VÉLEZ, Sergio. Ob. Cit. Págs 216 y 217.

Se podrá alegar se debería aplicar la “excepción” de principalística, o la “excepción” de inconstitucionalidad, repetimos, **es más atinado hablar de la aplicación preferente, protagónica, obligatoria o principal de los principios rectores de la ley penal, específicamente lo referido a los principios y funciones de las penas para el caso concreto.** Al hacerlo, es obvio que se desconoce la ley instrumental. Se puede pensar que ese desconocimiento es absoluto o relativo. El caso concreto determinará su alcance. En la solución normal de conflictos interpretativos de esta clase, la norma se “inaplica” en forma relativa, pues esta no desaparece del sistema jurídico, solo se “modula” para el caso a decidir, es posible que en otros eventos esta norma sea impuesta plenamente.

La aplicación prevalente de los principios a situaciones concretas requiere de un procedimiento que es el de “ponderación” e impone una carga argumentativa del juez. En otras palabras, la utilización de los artículos 13 del Código Penal, 26 y 27 del Código de Procedimiento Penal, exigen un ejercicio de comparación entre los intereses, principios, valores que están en tensión, en ese sentido uno de estos es “modulado” y se le da prioridad a otro u otros, a veces es en forma absoluta, otras en forma relativa o gradual. Cuando se hace un ejercicio de priorización de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, normalmente al aplicar la principalística, y, en complemento, el control difuso de constitucionalidad por parte del juez, se ejerce el proceso ponderación, en un lado estarían los derechos, principios y valores constitucionales, en el otro, los intereses que se consagran en la norma controvertida, normalmente estará fundada en criterios autoritarios o de conveniencia política y de seguridad jurídica, el ejercicio argumentativo obligado es dar las razones del porqué aquella norma es inaplicable. A veces lo que se determina es cierta gradación en su desconocimiento o se reduce su ámbito de aplicación.

Es preciso recordar que por más sabio que sea el legislador, no puede regular o imaginar todos los casos posibles, la realidad siempre lo superará, no es sensato considerar que este lo prevé todo, en los casos particulares el juez está facultado a “modular” la ley en orden a encontrar la mejor solución al conflicto puesto a su conocimiento. Modular es sinónimo de armonizar, ponderar, adaptar, modificar, ajustar, afinar, amoldar o moldear la norma en orden a la realización de sus fines fundantes.

Es en este punto pertinente recordar la lucha de la judicatura a través de los siglos siempre ha sido la misma, el buen juez MAGNAUD, en 1898, absolvió a una joven mujer por haberse

robado un pan, dijo en ese entonces que *“cuando se presenta una situación semejante a la de Luisa Menard -la procesada-, claramente establecida, el juez puede y debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley”*¹⁵. Llama la atención que en ese tiempo, como ahora, tal decisión fue motivo de enconados debates, los unos a favor y otros en contra.

La aplicación del test de proporcionalidad o de ponderación, es una herramienta que es sustancialmente conexa con la Constitución Política, vigente y en cierta forma obligatoria, repetimos, a partir de la entrada en vigencia de la Carta; sin embargo, su aplicación ha sido muy lenta por parte de los jueces ordinarios, ello se explica por la fuerza de la cultura positivista vigente aún y a los controles que este sistema despliega, de todas maneras es importante que se venza el miedo del prevaricato, o de la sanción disciplinaria, o de las vigilancias administrativas, o de la evaluación de los superiores funcionales, cualquier decisión que se oriente honestamente y con la debida fundamentación a realizar los valores y principios constitucionales, no tendrá glosa alguna y sí legitimará el sistema judicial. En estos tiempos los jueces no estamos para aplicar la ley de manera acrítica, esta no es fin en sí misma, estamos instituidos en nuestra función para aplicar la Constitución Política, a defender los derechos fundamentales, a hacer realidad la igualdad y la justicia material y a ser factor de paz y convivencia social. En nuestro caso existe la tensión entre la aplicación retributiva de la sanción representada en la privación efectiva de la libertad, por un lado, y los efectos propios de la aplicación de los principios de la pena y su función. Para la Sala es claro que la pena es muy menor, seis (06) meses de prisión.

Ahora, damos aplicación al proceso de ponderación en concreto,¹⁶ consideramos que se pone en riesgo de vulneración la libertad del condenado en forma excesiva como derecho fundamental al privársele de la libertad por el término tan reducido de la pena, ello si se atiende solo el argumento objetivo de la aplicación mecánica de la norma, sin tener en cuenta los criterios fundantes de la pena y su función. Por tanto, se plantean criterios como la finalidad, la idoneidad, la conducencia, la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad de los intereses en tensión, en orden a dar una aplicación más justa y coherente con el plexo de principios constitucionales y legales.

¹⁵ LEYRET, HENRY. Las sentencias del buen Juez Magnaud. Ed. Temis. Segunda edición. Pág. 11.

¹⁶ Véanse las sentencias C-114 y 115 de 2017. El salvamento de voto en el proceso R. 30442 del 03 de octubre de 2008. También es pertinente tener en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 2008.

Frente a la finalidad nos preguntamos si ¿el objetivo de la privación de la libertad se cumple en este caso? Como se dijo en su momento la pena es menor, el bien jurídico afectado o vulnerado es de naturaleza disponible y renunciable, es el patrimonio económico, el condenado no tiene antecedentes penales y tiene arraigo. Como se ha insistido este fue resarcido en debida forma, el ejercicio mecánico y acrítico de la norma para este caso se torna en absurda y manifiestamente injusta e inhumana, efectivizar la privación de la libertad en este caso es sancionar no solo al infractor de la ley, sino a su familia, también su derecho a laborar y dar sustento a su familia, sobretodo, en un caso en el cual el daño social y personal a la sociedad y a la víctima no es tan relevante.

En segundo lugar, nos preguntamos si ¿la privación efectiva de la libertad, en el caso concreto, es una medida idónea para la realización de los fines propuestos por el derecho penal? Respondemos que esta es inidónea, puesto que las especificidades del caso hacen que las acciones del condenado y también las de la víctima, al igual que el bien jurídico protegido dejen sin fundamento la razón de la efectiva ejecución de la pena privativa de la libertad, es sabido que en estos tiempos el principio de prevención general positiva se fundamenta en la búsqueda de obtener la confianza en el derecho como instrumento de “pacificación y consolidación del respeto de las normas básicas de convivencia”, no es solo intimidación o miedo al castigo, es la respuesta del sistema institucional en dar respuestas coherentes y justas, en las que se tiene que tener en cuenta todas las circunstancias del caso, al contrario el sistema se deslegitima al sancionar irreflexivamente una persona por un delito de menor entidad con penas que para el caso son desproporcionadas. En otras palabras, las instituciones jurídicas se legitiman más con la aplicación de los criterios de justicia material, que enviando al condenado a la cárcel, en ese sentido la medida represiva deslegitima el sistema penal por exceso y abuso de sus poder, lo anterior, para no repetir el aforismo traído en la cita del dr. ESTRADA VÉLEZ de “derecho estricto, injusticia suprema”.

Ahora, desde el punto de vista de la prevención especial, es claro que el condenado cometió un delito, éste es menor; obvio ello no justifica la conducta, de todas maneras indemnizó generosamente el daño causado al almacén, no existió exáctamente una apropiación, el impacto al patrimonio de la víctima es nimio y, al final, consideramos que con la suspensión de la pena se cumplen con los fines del derecho penal para este caso concreto.

En tercer lugar, ¿esta medida de privación de la libertad es conducente para el logro de los fines del derecho penal? Es probable que sí, pero también existen otras alternativas menos lesivas de derechos fundamentales, el dar la suspensión a prueba, para el caso concreto, es

la medida que a nuestro juicio es la más civilizada y acorde con el plexo de principios constitucionales como lo comentamos en su debido momento.

En cuarto lugar, ¿la medida de privación efectiva de la libertad se torna en necesaria? Como lo hemos sostenido, al existir otras alternativas y valorar otras circunstancias que no fueron tenidas en cuenta, al interpretar el hecho de manera integral y sistemática, y al concretar los principios y funciones de la pena, hacen innecesaria la aplicación de esta medida. Ello, además, atendiendo el postulado fundamental de la dignidad humana tanto de la víctima, como la del victimario.

En quinto lugar, ¿Se torna en proporcional la privación efectiva de la libertad en este caso? La respuesta, es contraria, la medida en mención dado el bien jurídico lesionado, la reparación a la víctima, su voluntad primigenia de aceptar responsabilidad, la oportunidad para que el condenado, como ser humano, pueda rehacer su vida, el poder responder a su familia, así como a su sociedad se garantizan de mejor manera otorgando la suspensión condicional de la ejecución de la pena. La privación de la libertad se torna, en este caso concreto, en una medida contraria a la Carta, inútil y potencialmente dañina para el condenado.

En sexto lugar, ¿es razonablemente aceptable la medida privativa de la libertad? La Sala responde que no, el argumento tenido en cuenta por la funcionaria de instancia es de corte exegético, pero en lugar de validar el sistema jurídico y judicial penal, lo deslegitima pues no responde a la exigencia última de justicia material. Es más razonable hacer el presente ejercicio argumentativo en orden a cumplir con la función misional de la judicatura. Si se analiza el caso desde el punto de vista práctico y utilitarista, se puede observar que es mucho más costoso para el Estado la privación de la libertad del infractor que lo efectivamente apropiado, a más de la contradicción frente al estado de cosas inconstitucionales de las prisiones en nuestro país que recurrentemente declara la Corte Constitucional y la posibilidad de hacer un poco de coherencia evitando en estos casos la remisión de estas personas a los centros penitenciarios.

Por último, es pertinente recordar la razón del ser subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de como se cumple con los principios de prevención general y prevención especial, además de un contenido sustancialmente humanitario, se dice que desde hace siglos se vienen conociendo estos subrogados, el antecedente más próximo es la aplicación en el estado de Masachussets en 1879 para los adultos¹⁷, en la cultura anglosajona,

¹⁷ CUELLO CALON, Eugenio. Penología. Ed. Reus. Madrid. 1920. Pg. 24.

esta figura derivó en la “probación” en donde hay un control por parte de una autoridad que hace el seguimiento de las obligaciones impuestas al condenado, en el sistema continental europeo se tiene que la primera consagración legal se hizo en Bélgica en el año 1888, esta figura se ha mantenido incluso bajo las corrientes peligrosistas, la mejor consideración que se conoce de la fundamentación del subrogado para penas menores la expresa SEBASTIÁN SOLER cuando afirma lo siguiente:

“Aquí importa destacar solamente que es tanta la importancia de la idea de la prevención especial en el derecho moderno, que, en ciertos casos, altera profundamente el régimen de una sanción, y señala límites al interés del Estado por la aplicación efectiva de ciertas penas, cuando estas, en el caso concreto, pueden dar resultados poco favorables en el sentido de la prevención de futuros delitos. En este aspecto, el ejemplo típico es el de las penas privativas de la libertad de corta duración. La aplicación de éstas muestra que tienen efectos considerablemente dañosos, cuando se trata de un delincuente primario: después de su entrada a la cárcel, el sujeto ha perdido el saludable temor que ello le inspiraba, sabe que está socialmente marcado como expenado y que, en definitiva, “aquello” no era tan terrible; la policía lo tendrá siempre en sospecha; en la cárcel se ha encontrado con verdaderos criminales que pueden haber influido en su débil temperamento; por cumplir la pena de uno o dos meses, perdió su ocupación, abandonó su familia, en la que, faltando el jefe, ha conducido la miseria, el desorden y hasta la inmoralidad; los hijos tienen al padre en la cárcel, a pesar que el padre es, generalmente, el hombre mejor del mundo, etc., etc. Son tantos los males que causa el cumplimiento de la pena privativa de la libertad de corta duración, y tal manifiestos los riesgos de nuevos delitos que crea, que el Estado se ve precisado a optar por caminos menos peligrosos.”¹⁸

Como gran síntesis de lo dicho, tenemos:

1. La solución exegética que impuso la Juez de no conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para una sanción de seis (06) meses de prisión, no es acogida por la Sala.
2. La alternativa ideal para la solución de estos casos estaría a cargo de la Fiscalía General de la Nación, en especial, de hacer uso del principio de oportunidad bajo las causales del artículo 324 numerales 1,7,12,13 y 14. Es resaltante que en este caso no existió propiamente un acuerdo restaurativo, aunque una actuación diligente del ente acusador podría generarlo.

¹⁸ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Segunda reimpresión. T. II. Buenos Aires. 1953. Págs. 415 y 416.

3. Es obligado para el juez -y los demás miembros del sistema penal- el conocer los principios y valores constitucionales en especial el de dignidad humana a más de los principios rectores de la ley penal y, para el caso, los principios y funciones de las penas, como norma rectora. Los principios constitucionales y legales se deben aplicar de manera principal, protagónica, preferente y obligatoria.
4. Al hacer el juicio de ponderación en este caso, concluimos que la restricción del legislador contenida en el artículo 68ª del Código Penal, no es ni principalística, ni constitucionalmente válida.
5. Que responde mejor y legitima el sistema penal y la judicatura, en este caso, el otorgar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
6. La privación de la libertad por seis (06) meses, se torna contraria al fin del derecho penal, no es idónea pues se torna en injusta, existen otras alternativas menos lesivas que cumplen mejor el objeto de la pena, a más de inecesaria pues vulnera en forma desproporcionada la dignidad humana de la codenada a más que tal medida es poco razonable y desconoce la razón de ser del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En consecuencia, al cumplirse con los elementos para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a favor del señor RAMIREZ LONDOÑO, pues la pena es muy menor, el sentenciado carece de antecedentes penales, es un delincuente primario, no se presentan elementos de juicio que indiquen que esta persona es miembro de alguna organización criminal dedicada al hurto sistemático de grandes superficies, tiene arraigo, resarcó los daños ocasionados, la vulneración del bien jurídico es menor tanto en el valor del mismo, como por el hecho que la conducta no se consumó, por ello y por cumplirse con los principios y funciones de la pena, se le otorgará el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Esta se suspenderá por el término de seis (06) meses, se le impone una caución de \$50.000.00, se comprometerá al condenado a cumplir con las obligaciones contenidas en el artículo 65 del Código Penal. Como quiera que se informó por Secretaría que el condenado fue capturado por este hecho, una vez consigne la caución y suscriba el acta de compromiso, se libraré inmediatamente la boleta de libertad.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar el numeral primero de la sentencia recurrida y en su lugar imponer al señor JUAN DANIEL RAMIREZ LONDOÑO la pena de seis (06) meses de prisión.

SEGUNDO: Conceder al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme lo dicho en la parte motiva de esta decisión. Deberá el condenado pagar la caución impuesta y obligarse a cumplir con las obligaciones establecidas en del Código Penal. Cumplido lo anterior, se emitirá inmediatamente la boleta de libertad.

TERCERO: En lo demás se confirma la sentencia recurrida.

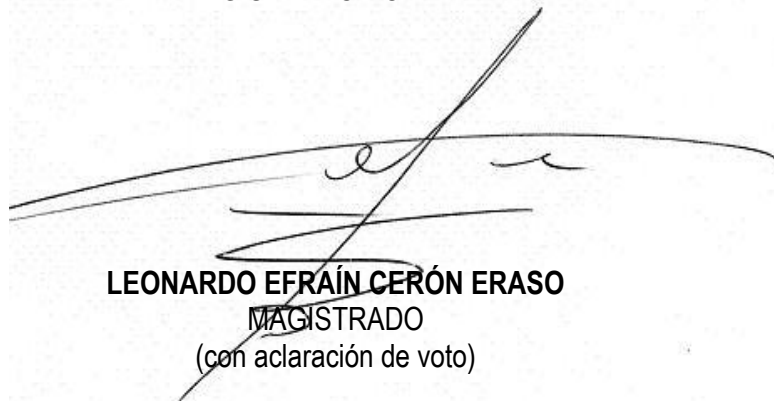
CUARTO: Esta sentencia se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme lo dispuesto en los artículos 180 y ss del C.P.P.

QUINTO: Copia de esta providencia será enviada a la Juez de instancia. Por Secretaría se harán las comunicaciones legales de esta decisión

Notifíquese y cúmplase



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
MAGISTRADO PONENTE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
MAGISTRADO
(con aclaración de voto)



CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
MAGISTRADA

Firmado Por:

Oscar Bustamante Hernandez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Aclaración De Voto

Claudia Patricia Vasquez Tobon
Magistrada
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **054f39aa458626f570829d422667fa8adf5cf963622f0ca80414ca017038dccb**

Documento generado en 26/07/2024 03:47:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



SALA PENAL

Radicado: 050016000206202216919
Procesados: Juan Daniel Ramírez Londoño
Delito: Hurto calificado y agravado
M. Ponente: Claudia Patricia Vásquez Tobón – Oscar Bustamante Hernández

ACLARACIÓN DE VOTO

Luego de efectuarse distintas discusiones dentro del presente asunto, se convino en la Sala efectuar un proyecto conjunto para la emisión de la respectiva sentencia de segunda instancia, existiendo un acuerdo en el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al procesado.

No obstante, una vez elaborada la ponencia, no existió acuerdo en los fundamentos que soportarían la decisión. En ese sentido, al coincidir el suscrito con la solución entregada al caso concreto, pero no con las razones jurídicas y constitucionales que conllevaron a esa conclusión, me permito presentar la presente

aclaración de voto transcribiendo, *in extenso*, el acápite respectivo de la ponencia que recoge los argumentos que considero resolvían de mejor manera el asunto.

“(…)

5.2. ¿Es viable en este caso otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria pese a la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P.?

En el presente asunto se tiene que uno de los motivos de disenso planteados por el censor estriba en la posibilidad de conceder al señor **Londoño Ramírez** el subrogado contemplado en el canon 63 de la Ley 599 de 2000, a pesar de la prohibición del artículo 68A del C.P., el cual se debe inaplicar por devenir inconstitucional en este caso.

Sin que la Sala comparta los argumentos de inconstitucionalidad que plantea el censor es lo cierto que sí coincide con él en el sentido de que la regla prohibitiva prescrita en el artículo 68 A puede eventualmente admitir algunas modulaciones o excepciones esencialmente cuando se presenten casos de justicia premial y/o de justicia restaurativa.

Para ilustrar de manera adecuada la posición de la Sala, se considera importante tocar tres temas antes de resolver el caso en concreto: (i) la principalística en el proceso penal colombiano; (ii) la Justicia Restaurativa como eje transversal a todo nuestro sistema procesal penal y (iii) una relectura del artículo 68A

5.2.1. La principalística en el ordenamiento jurídico nacional, en especial en el procedimiento penal colombiano.

Se ha dicho no sin razón que el proceso penal es el termómetro de los modelos políticos de los países en cuanto con un análisis de las reglas de aquel se puede identificar que tan autoritario o democrático es un Estado, pues la justicia penal es la que más incidencia puede tener en los derechos fundamentales de las personas, bien como víctimas o bien como procesados.

Sin embargo, es muy seguro que la cuestión sea mucho más compleja de lo atrás planteado, porque en la sofisticación de las sociedades actuales lo que realmente se observa son procesos de retroalimentación entre las Constituciones Políticas y los procedimientos penales, esencialmente en los Estados Constitucionales de Derecho en los cuales las Cartas Políticas tienen fuerza normativa y se pueden imponer a cualquier norma de rango inferior, incluso sobre otras de igual jerarquía (ambas

constitucionales) cuando la antinomia se presente entre una dogmática y otra de naturaleza meramente orgánica.

En ese sentido, es claro que en los Estados Constitucionales las normas de la Carta Política no solo le dan validez a las reglas subalternas sino que las llenan de contenido y por tanto dan coherencia a todo el sistema.

Algo muy similar pasa con los principios jurídicos que no están en la Carta Política.

Probablemente en los Estados de Derecho eran normas auxiliares de interpretación supletoria o de integración normativa en casos de lagunas, bajo una estricta lógica racional representada por estructuras silogísticas en donde la premisa mayor era la regla, la menor los hechos y la conclusión o tesis el resultado de la comparación de los dos anteriores; pero en los Estados Constitucionales de Derecho, las soluciones en el Derecho no pueden quedarse en este solo ámbito sino que tienen que trascender a los ámbitos de la razonabilidad, en donde la decisión no solo debe ser correcta desde el punto de vista de la lógica formal, sino que de igual manera debe ser adecuada para la solución del conflicto en el caso real y concreto. Para esto último, los principios jurídicos juegan un papel vital en la Administración de Justicia.

En efecto, tal como lo plantea el profesor Estrada Vélez, los principios jurídicos, principios generales del derecho o normas rectoras han permitido soluciones razonables en casos de lagunas normativas o en donde habiendo norma legal la misma para el contexto en particular no proporcionaba una solución adecuada desde la perspectiva de la deontología del ordenamiento jurídico.

De manera por demás elocuente, el tratadista en comento, plantea la cuestión de la importancia de los principios jurídicos en el ordenamiento legal colombiano en estos términos:

“En Colombia, el juicio de razonabilidad o adecuación de la norma a la realidad, dio pie a la aplicación de principios generales como normas jurídicas por parte de la denominada Corte de Oro. La teoría de la imprevisión en los contratos, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, etc, se consideraron normas jurídicas que permitieron soluciones razonables a situaciones que carecían de expresa regulación legal o que, existiendo norma aplicable, su adopción como norma de solución para el caso concreto no cumplía con la finalidad para la cual está instituido el ordenamiento jurídico.

Lejos debemos estar de aquella aplicación mecánica de la ley bajo el sistema racional propio de las ciencias exactas. El principio de justicia material verdaderamente eficaz, se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada

situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, en el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

A la vez la Corte Constitucional ha dispuesto que la interpretación de las normas de la Carta “debe estar orientada por un criterio de razonabilidad, por cuanto las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. Esto significa entonces que no puede el intérprete constitucional atenerse al tenor literal de una norma cuando esta produce consecuencias absurdas”. Son los principios generales del derecho, como normas jurídicas (concepto), el test de proporcionalidad y la argumentación (métodos), las herramientas con las que se busca garantizar la razonabilidad.

Acerca de la función de los principios en la interpretación, la Corte sostiene que “el Estado Social de derecho presupone el control constitucional de las leyes y la efectividad de los valores, principios y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, la ley pierde la posición de criterio último y definitivo de interpretación, para dar lugar a la preponderancia del texto constitucional”, reitera la Corte “Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda su fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental”. Advierte a su vez que “habrá casos en los que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo (del artículo 230) llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir el pecado

que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta”. En síntesis, no es posible asumir una actividad interpretativa al margen de los principios generales del derecho. De esta manera, se puede afirmar que los principios jurídicos cumplen una doble función: una auxiliar (interpretar, integrar y crear derecho) y una principal (validar las restantes normas del ordenamiento, concretar valores y limitar el ejercicio del poder) ¹.

En efecto, los principios jurídicos por su especial contenido normativo y por la propia importancia que el mismo legislador les ha dado en los diferentes códigos, independiente de su denominación o ubicación topográfica, es lo cierto que prevalecen dentro de la respectiva codificación, tal como se expresa de manera categórica en el artículo 26 de la Ley 906 de 2004: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.”

Esa prevalencia no puede quedarse en una expresión carente de sentido práctico normativo, sino que debe dársele su verdadero alcance, esto es que, sin entrar en la discusión de si los principios pertenecen o no al bloque de constitucionalidad, lo cierto es que

¹ Estrada Vélez, Sergio. La excepción de principalidad o los principios en serio. El control constitucional a partir de los principios jurídicos. Medellín, Lijursanchez, Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2023, pág. 121.

por estar por encima de las demás normas subordinadas no solo deben llenar de contenido a la interpretación para darle coherencia y sentido al sistema, sino que, en últimas, son claros e indiscutibles referentes de validez material. Es decir, que los principios juegan un papel trascendental para tomar decisiones adecuadas cuando en el análisis de los casos en concreto se presente discordia entre la racionalidad y la razonabilidad legal. Las decisiones de los jueces no solo deben ser correctas desde la formalidad, sino que debe haber una gran preocupación porque además sean acordes con el espíritu del sistema.

Con la nueva concepción del derecho que es más constitucional que legal, se hace imperativo el conocer y dominar sus principios constitucionales y legales, así como la realidad que se juzga y el contexto en que esta se aplica, en este sentido el juez adquiere una carga mayor, en orden a, en últimas, tomar decisiones lo más justas y acordes con toda la sistemática constitucional actual.

Como la Constitución Política actual, según se ha dicho, tiene fuerza normativa formal y material es un hecho que esta; pero también los principios generales del Derecho tiene prevalencia sobre el resto del universo normativo y el juez debe actuar de conformidad, esto es, aplicar la una y los otros **de modo preferente, prioritario, protagónico y con carácter obligatorio. La ley tiene que ser adecuada o, si se quiere, modulada conforme a la orientación de estos dos referentes**

normativos. Este es el cambio más importante y radical, por demás diferenciador, entre el discurso jurídico de Estado de Derecho y el actual y vigente de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho.

Pero no es un cambio solo de estructuras e instituciones, pues todas estas tienen que reordenarse para realizar nuestro ordenamiento jurídico en sus principios, valores y directrices cuyo basamento máximo es el concepto metajurídico de **LA DIGNIDAD HUMANA**. Toda la estructura dogmática y procesal, directa o indirectamente se orienta o debe hacerlo, para lograr ese fin esencial. Se resalta: la realización plena del ser humano, es un cometido que se debe hacer realidad al momento de resolver cada uno de los conflictos sociales y jurídicos que son conocidos por el derecho y con ello hacer también realidad el cambio de paradigma de que todas las entidades públicas y privadas están al servicio del ser humano, al servicio de su plena realización y no al contrario.

La concreción más clara de este postulado, en estos momentos, es el desarrollo y aplicación de toda la teoría de los derechos humanos y la principialística, incluso, con la potencialidad de que tal protección no quede solo en el ámbito nacional, en tanto hay claras herramientas e instituciones internacionales avocadas a ello, siendo un claro ejemplo, aunque no el único, el control de convencionalidad.

Por último, es lo cierto que en cada especialidad del derecho existen unos principios o normas rectoras que se tornan en prevalentes y obligatorias por lo que irradian toda la legislación correspondiente; pero ello no implica que tengan que tener un rótulo especial o una ubicación destacada en una determinada codificación, ya que su predominio no necesariamente proviene de estos referentes sino de su propia naturaleza deóntica jurídica con lo cual se delimita la naturaleza de un respectivo ordenamiento jurídico, por lo que es absolutamente necesario que el administrador de justicia lo sepa reconocer en orden a su correcta aplicación, en punto a que son reflejo directo de la Carta Política.

En el sistema penal, tanto en lo sustantivo como en lo procesal y lo penitenciario, se contemplan expresamente unas normas rectoras, sin embargo, de dichas codificaciones se pueden desprender otros principios que son igual de prevalentes como, por ejemplo, las facultades de las partes en la actuación procesal, los criterios que rigen la actuación procesal, los criterios para la actuación en fase de investigación, o los expuestos para la privación de la libertad, o el de los acuerdos y negociaciones, o los de pruebas, o el de justicia restaurativa, etc. También son aplicables aquellos desarrollados en Tratados Internacionales y las decisiones convencionales.

Frente a estos principios en materia penal, Fernández Carrasquilla afirma lo siguiente:

...Los principios vinculan y deben prevalecer sobre la normatividad y se imponen al aplicador de la ley. Las llamadas normas rectoras del derecho penal, son la decantación positiva de los principios ya especificados, formulados y concretados en el sistema penal, normas que siendo legales, prevalecen sobre las demás de la ley penal, por ser desarrollo, aplicación y concreción de principios más generales y universales de rango supralegal. La idea que sustenta que los principios no son vinculantes no parece aceptable, pues desconoce la supremacía de los principios universales de derecho establecidos en Convenios Internacionales y reconocidos en la Carta Política, art. 93, así como la supremacía y obligatoriedad del Jus cogens, aunque aquí téngase en cuenta que el término principio no resulta sinónimo de “principios generales de derecho” a que se refiere el artículo 230 de la Constitución”. El principio debe regir para el legislador como para el intérprete y el aplicador de la ley, pues el mismo informa y penetra con su fuerza ideológica toda disposición penal lo mismo que la concreta aplicación del sistema punitivo a un caso concreto.²

Así las cosas, en el momento actual de Colombia se exige no solo el conocimiento de la ley en su aspecto mecánico y formal, sino irradiado por el plexo de principios e interpretaciones de los

² Citado por ESTRADA VÉLEZ, Sergio. Ob. Cit. Págs 216 y 217.

mismos que se hace a todo nivel, su análisis siempre será con espíritu crítico y en orden a dar una mejor respuesta para la adecuada solución del caso concreto. Esta es la habilidad más deseada del administrador de justicia en nuestros días.

Por último, el profesor en cita hace la siguiente reflexión:

5.2.2. La Justicia Restaurativa como eje transversal a todo nuestro sistema procesal penal

La crisis actual por la que atraviesan los modelos tradicionales de justicia penal, basados esencialmente en el castigo del delincuente (léase cárcel), en tanto no han proporcionado soluciones reales y efectivas al conflicto personal y social generado con el delito, pues, por el contrario, en un muy alto porcentaje, en vez de solucionar el problema lo han acrecentado al desatender los intereses y necesidades de la víctima; pero también los del propio ofensor, quien es sometido a claras dinámicas estigmatizantes y criminógenas que promueven la reincidencia delictual, ha hecho que desde los años 70 se vuelva la mirada hacia el lejano pasado para reconceptualizar la noción de delito desde una perspectiva ontológica, asumiendo de una manera más real que este antes que una ofensa al ordenamiento jurídico o a una etérea y abstracta sociedad, es un conflicto que

genera un daño a una persona en concreto y afecta el tejido social de una comunidad en particular, por lo que la solución antes que pasar por el análisis de la norma infringida, la responsabilidad del infractor y el castigo que merece, debe hacerlo acerca del daño que se produjo, de las necesidades e intereses de la víctima, pero también de la comunidad e incluso del ofensor para determinar quién y cómo se debe reparar el daño.

Estas últimas cuestiones son los pilares fundamentales de la Justicia Restaurativa, lo cual, como se puede observar con toda claridad, implica un nuevo paradigma en la forma de resolver los conflictos penales.

Se puede, entonces, definir a la justicia restaurativa como un enfoque diferencial de solución de conflictos, que tiene como eje fundamental la búsqueda de la efectiva reparación del daño generado por un delito, apalancado en la reconciliación de las partes en conflicto y el restablecimiento pleno de las relaciones resquebrajadas.

Lo anterior indica indfectiblemente que para que un proceso de justicia restaurativa sea exitoso, debe permitir la participación efectiva de las partes inmiscuidas en la cuestión problemática generada por la conducta antisocial, con miras a que de forma

consensuada encuentre soluciones que, esencialmente, tienen que ver, como se dijo, con la asunción de responsabilidad por parte del infractor y la reparación del daño causado.

No es la justicia restaurativa un concepto novedoso, pues esta tiene su génesis en el apropiamiento de prácticas ancestrales de diferentes culturas a lo largo y ancho del planeta, que buscaban soluciones a los conflictos a partir del diálogo franco entre las partes en conflicto incluso con la participación de la comunidad en la que están insertos.

En este sentido, resulta relevante precisar que para la justicia restaurativa el delito más que un atentado contra el ordenamiento jurídico imperante en un Estado es simple y llanamente un daño causado a una persona o a un colectivo de personas y que por lo mismo es la causa del conflicto que debe ser solucionado principalmente por todos los implicados, tanto directos como indirectos. Desde esta perspectiva la protagonista del proceso es también la víctima y ya no únicamente el ofensor, recuperando de esta manera su rol trascendental perdido en el conflicto penal.

En ese entendido, la doctrina especializada que se ha encargado de afrontar temas de justicia restaurativa, ha convenido que las

preguntas claves en el abordaje del conflicto cambian radicalmente respecto del modelo de justicia punitiva, pues se pasa de indagar por el ¿qué norma se infringió?, ¿quién lo hizo? y ¿qué castigo merece? a ¿quién ha sido dañado?, ¿cuáles son sus necesidades? y ¿quién tiene la responsabilidad de atender esas necesidades?³

En últimas se trata de enfocar la solución del conflicto penal ya no desde el castigo sino de la reparación del daño bajo el entendido que esto último realmente si reconstruye no solo el ordenamiento jurídico sino el tejido social resquebrajado por medio de la satisfacción de las necesidades no solo de la víctima sino también del infractor.

Este modelo alternativo al enjuiciamiento criminal punitivista convencional ha sido instaurado con éxito en países como Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos y parte del continente africano, donde sirvió como eje central de la búsqueda de soluciones efectivas y consensuadas a los conflictos, privilegiando de buena manera los quereres y necesidades de los ofendidos y ofensores.

³ ZEHR, Howard. El pequeño libro de la justicia restaurativa. Asunción: Buenos Libros y Centro Evangélico Menonita de Teología (CEMTA), 2010. P.47

Ahora bien, si en Colombia nuestra Carta Política tiene como principios, directrices y valores la dignidad humana, la justicia material, la participación de las personas en las cuestiones que les incumben, la igualdad, la protección de los derechos y bienes de las personas y el acceso a la justicia, y en las codificaciones penales se han elevado a la categoría de normas rectoras la dignidad, la libertad, la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y su carácter prevalente es claro que la justicia penal se desarrolla en mejor medida cuando se le abre espacios importantes y efectivos a la justicia restaurativa, no para desplazar en un todo a la justicia punitivista, porque ello –por lo menos por ahora- no es posible, sino para complementarla en punto a ser un filtro importante para que esta, por fin se convierta en la *última ratio* del control social, en el sentido que solo las cuestiones más graves o las que no se puedan solucionar por consenso de las partes involucradas sean resueltas a través del castigo institucional.

En ese orden de ideas, es claro que la justicia restaurativa es una institución que necesariamente debe permear todo nuestro ordenamiento procesal penal en orden a privilegiar la reparación por encima del castigo o por lo menos para morigerarlo.

Analizando el contexto interno colombiano, se tiene que nuestro país no es ajeno a este modelo alternativo de aplicación de justicia, por cuanto de tiempo atrás de una u otra manera se han establecido formas que promocionan mecanismos de justicia consensuada; pero más ahora porque la Ley 906 de 2004 dedica expresa y exclusivamente todo su Libro VI a la regulación de mecanismos de justicia restaurativa que resultan transversales a todo el proceso penal, como se verá más adelante, especialmente en lo que tiene que ver con la mediación.

El código de procedimiento penal define así a la justicia restaurativa: “todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador” y prevé varios mecanismos para materializarla como son la conciliación preprocesal en delitos querellables, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación; aunque es necesario también incluir aquí el principio de oportunidad en la hipótesis previstas en los numerales 1, 7 y 13 del art. 324, y los arts. 325 y 326 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, es claro que el uso de mecanismos restaurativos resulta ampliamente benéfico para la víctima porque privilegia sus derechos a la verdad, justicia y reparación que el objetivo de

este modelo de justicia es que el infractor acepte su responsabilidad y repare el daño causado; pero también es evidente que resulta benéfico para el procesado, ya que un resultado restaurativo satisfactorio puede en determinado momento extinguir la acción penal o, si ello no es posible, por lo menos morigerar la drasticidad de la pena o su modelo de ejecución.

Analizando uno a uno los cuatro mecanismos restaurativos en mención, se podría concluir que el que mayor potencialidad restaurativa tiene es la mediación en tanto la conciliación preprocesal solo es para los delitos querellables, la conciliación en el incidente de reparación integral es un mecanismo tardío para evitar la judicialización del conflicto ya que el mismo solo se puede promover una vez esté ejecutoriada la sentencia condenatoria y el principio de oportunidad tiene muchos condicionantes no solo procesales sino, incluso, burocráticos, lo cual lo ha convertido en una herramienta no muy utilizada por los operadores jurídicos.

Por el contrario, la mediación es una herramienta que puede usarse indistintamente para todos los delitos y los acuerdos pueden ser propiciados por un tercero o sin necesidad de él⁴,

⁴ Así lo autoriza el art. 518 procesal que es norma rectora y, por tanto, prevalente.

además de que el trámite puede ser bastante informal, a pesar de la supuesta rigurosidad procesal que trae el código, bajo el entendido que aquí antes que el procedimentalismo lo realmente importante es la consecución de resultados restaurativos para lo cual lo significativo es la interacción de las personas involucradas directa o indirectamente en el conflicto y la reparación del daño.

El artículo 523 procesal así define a la mediación:

Artículo 523. Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

Nótese como la misma definición otorgada por el legislador, dota a la mediación de un componente relacional de intercambio de puntos de vista que redundan, indefectiblemente, en un mejor realce de las necesidades, intereses y quererres de la víctima y el procesado, permitiendo espacios propicios de discusión que humanizan en buena medida el proceso penal ordinario, todo ello con miras a la obtención de un resultado restaurativo.

Respecto de la procedibilidad de la mediación, la Ley 906 de 2004 señaló en su artículo 524 lo siguiente:

Artículo 524. Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

No podría desconocerse que la redacción de ese canon deviene un tanto confusa respecto a la aplicación y los efectos concretos que contrae la mediación al interior del proceso penal, situación que hace necesario que este artículo sea leído de forma armónica con el 526 *ídem*:

ARTÍCULO 526. Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación.

Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

Así, una visión sistemática de la mediación como mecanismo efectivo de justicia restaurativa, de cara al contenido de esta temática en la Ley 906 de 2004, permite colegir que el legislador colombiano estableció realmente solo dos condicionamientos para la aplicación de esta figura en los procesos penales: uno,

que el bien jurídico tutelado afectado con la acción antisocial no sobrepase la órbita personal del perjudicado y, dos, que víctima y procesado acepten voluntaria y expresamente, o así lo pidan, el trámite restaurativo.

Aclarado esto, ahora resulta importante resaltar que teniendo en cuenta las dos anteriores limitantes, la mediación se puede aplicar a cualquier proceso que se tramite en Colombia, con la única restricción atinente al tipo de delito de acuerdo a la pena mínima que le estableció el legislador, así: si el delito tiene una inferior a cinco años el juzgador deberá evaluar el resultado restaurativo para considerar la extinción de la acción penal o si ello no lo mira viable, la concesión -por lo menos- de un beneficio penal o administrativo que haga menos severo el castigo estatal; en cambio, si el delito tiene una pena inferior superior a ese baremo, el juez no podría en ningún caso extinguir la acción penal; pero si conceder beneficios administrativos o subrogados o sustitutos penales.

Notese como en la redacción de los artículos 524 y 526 aparte de los condicionamientos antes expuestos no se trae ninguno adicional ni se discrimina en contra de cierto tipo de delitos, por lo que tal como se ha insistido, la mediación es una figura transversal a todo el proceso penal colombiano en tanto es

aplicable a todas las situaciones, salvo los límites ya referenciados.

Es menester aclarar que el otorgamiento de beneficios y subrogados, así como la tasación benéfica de la pena con base en resultados restaurativos exitosos, queda circunscrita al respeto irrestricto del principio de legalidad, en el entendido en que no pueden desconocerse las penas establecidas en la ley para los punibles; pero la Sala considera que puede haber una eventual flexibilización frente a los requisitos establecidos en los artículos 38B y 63A del C.P., si en cuenta se tiene que la reglamentación de la mediación es transversal a toda la codificación sustantiva y procesal penal y, además, es posterior a la reglamentación de estos sustitutos y subrogados penales y por tanto prevalece no solo por todo lo antes dicho sino en clara aplicación del artículo 2 de la Ley 153 de 1887, eso obviamente sin contar con que si se parte de que el bien jurídico afectado en el caso particular es de la órbita personal del ofendido y la reparación se dio de manera satisfactoria, se debe necesariamente entender que el conflicto está solucionado y por tanto el castigo penal previsto en la ley, en muchos casos ya devendrá inocuo o insustancial o, por lo menos, desproporcionado.

Lo anterior permite afirmar que los beneficios y subrogados que se contemplan en la justicia penal colombiana deban ser interpretados, cuando resulte admisible de acuerdo a los condicionamientos ya referidos, en clave de justicia restaurativa y ponderar la posibilidad de su concesión de acuerdo a la consecución de resultados restaurativos exitosos, incluso si eventualmente no se reúne los requisitos legales para ello traídos en el art. 38 B o en el 63 del C.P.

De otra parte, es importante advertir que resultaría contrario a los postulados constitucionales, en especial Al art. 228, desechar la existencia de un resultado restaurativo por el mero incumplimiento de alguno de los requisitos formales que se previeron en la ley, lo que implica, entonces, que es labor del juez en determinado caso flexibilizar la ritualidad para privilegiar la solución real y material del conflicto.

En efecto, existirán ciertos casos en donde, a pesar de que no se cumplan con las reglas meramente procedimentales previstas en la ley, las partes en conflicto, de forma autocompositiva en el trámite del proceso penal, puedan llegar a encuentros, espontáneos o provocados, donde se debata sobre el asunto, se asuma responsabilidad por parte del infractor y se repare adecuadamente a la víctima.

En esos eventos resultara innegable la existencia de un verdadero proceso de justicia restaurativa o, por lo menos, con un buen ingrediente de aquella, lo cual necesariamente tiene que repercutir en las resultas del proceso penal.

Todos estos aspectos no los puede pasar por alto el juez bajo el pretexto de que faltan requisitos formales como, por ejemplo, la falta de un mediador designado oficialmente, la solicitud expresa de remisión a mecanismo de mediación o el informe respectivo, pues es deber constitucional del funcionario judicial, como dinamizador del derecho y garante de los derechos de los involucrados, observar y analizar si en el caso sometido a su consideración el conflicto ha sido debidamente resuelto y lo que ello puede implicar dentro del proceso.

En plena consonancia con lo anterior, es menester que el juez de conocimiento abandone una visión meramente formalista del derecho y sopesa el resultado de ese acercamiento entre los reales involucrados en el conflicto con miras a determinar los verdaderos efectos que ello tuvo y la incidencia que puede acarrear en la viabilidad del ejercicio de la acción penal, la dosificación de la pena o la forma de cumplimiento la sanción.

5.2.3. La regla de prohibición del canon 68A de la Ley 599 de 2000. Una relectura más constitucional y principialística

El Congreso de la Republica, en uso de su facultad de configuración legislativa en materia de política criminal, incluyó en el código penal el artículo 68A por medio de la Ley 1142 de 2007, que en sus inicios vedaba la concesión de beneficios y subrogados a aquellas personas que hubiesen sido condenadas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena.

No obstante, esta prohibición de beneficios y subrogados se hizo extensiva en el año 2011 a aquellos sujetos que resultaran condenados por la comisión de conductas punibles contra la administración pública⁵ y mediante otras reformas legales progresivamente fue abarcando un catalogo mas extenso de delitos⁶, quedando para la fecha el siguiente texto:

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales.
No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de

⁵ Cfr Leyes 1453 y 1474, ambas del 2011.

⁶ Ley 1709 de 2014; Ley 1773 de 2016; Ley 1944 de 2018

la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos

relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

El impacto de este artículo en la política criminal del Estado resulta trascendente, si se tiene en cuenta que es una norma restrictiva de ciertos derechos que le asisten a los sujetos que vienen siendo procesados en causas penales por determinados delitos o a quienes ostentan antecedentes penales.

No obstante esto, conviene preguntarse si la regla de prohibición establecidas en el artículo 68A del C.P. resulta absoluta o, por el contrario, admite salvedades o modulaciones. La respuesta, considera la Sala, va encaminada a lo segundo.

Una interpretación de pronto exegética y desprevenida del contenido del artículo antes mencionado nos podría indicar que la referida prohibición es ciertamente absoluta y de irrestricto cumplimiento para los jueces y demás operadores jurídicos; sin embargo, una hermenéutica sistémica, finalista, principal, constitucional y si se quiere convencional lleva a la conclusión que existen al menos en la actualidad eventualmente dos excepciones a la regla prohibitiva del canon en cuestión que son: (i) los casos de aplicación justicia premial y (ii) los de la justicia restaurativa. Veamos:

Para el primero de los eventos, esto es, la justicia premial, incluso la simple lectura del art. 68A penal nos indica que la prohibición realmente no es absoluta:

No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, **salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva**, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores. (negrillas fuera de texto)

Como se puede observar sin dificultad, la misma norma establece en su propio seno salvedades a la prohibición y ello cuando se presenten mecanismos de colaboración efectiva con la justicia regulados por la ley. Estando, entonces, esto muy claro, la pregunta que viene a continuación es ¿qué son o cuáles son tales mecanismos? y la respuesta nos la proporciona el mismo código de procedimiento penal en tanto aquellos, sin eventualmente descartar otros, son las herramientas de justicia premial previstas en el título II de la Ley 906 de 2004 referentes a los allanamientos y preacuerdos ya que deviene obvio que no puede haber mayor colaboración con la justicia que la misma aceptación anticipada de la responsabilidad penal por parte del

procesado y su renuncia a su presunción de inocencia y derecho a un juicio.

En ese sentido, es claro que si en el caso en particular a pesar de que el mismo se encuentre en cualquiera de las hipótesis prohibitivas del art. 68A se estructura una de las dos herramientas de justicia premial y con ello se da una evidente colaboración con la justicia debido a la asunción de responsabilidad penal por parte del procesado podría este acceder a un subrogado penal, un sustituto penal o cualquier otro beneficio penal o administrativo siempre y cuando, esto es muy importante, se cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley y los fines de la pena se garanticen de manera razonable.

Solo por poner un ejemplo para esclarecer de mejor manera la idea: si una persona es condenada por un delito de violación ilícita de comunicaciones (art. 192 C.P.) y es condenada a ocho meses de prisión en razón de un allanamiento a cargos, eventualmente y a pesar de estar dentro de la prohibición del art. 68A podría hacerse merecedor del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en tanto eventualmente puede cumplir con los demás requisitos del art. 63 *idem*, esto es, una pena impuesta inferior a 3 años y carencia de antecedentes; en cambio, no sucedería lo mismo con un supuesto caso de

condena abreviada por un delito en contra de la libertad sexual en donde la pena impuesta supere los tres años, dado que en este caso objetivamente no se cumpliría con el primer requisito de la norma en comento.

De todas maneras, para todos los casos, como se dijo, es muy importante evaluar para el caso en concreto sobre el cumplimiento de los fines de la pena: prevención general, prevención especial, retribución justa, protección, resocialización y rehabilitación.

Para la cuestión que venimos analizando, esto es los mecanismos de colaboración con la justicia, podría resultar interesante también la aplicación por favorabilidad de doble vía de la figura contenida en los arts. 413 y siguientes de la Ley 600 de 2000 a casos regidos por la Ley 906 de 2004.

Tal figura se refiere a la colaboración con la justicia en casos de macrocriminalidad para el desmantelamiento de bandas o recuperación de bienes y en ella de manera expresa se establece la concesión de beneficios penales a delitos que estarían dentro de la prohibición del 68A o que objetivamente no cumplieran con los condicionamientos del art. 63 o 38 B del C.P.

El art. 413 en comento prescribe:

ARTICULO 413. BENEFICIO POR COLABORACION. El Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto, podrá acordar uno o varios de los beneficios consagrados en este artículo con las personas que sean investigadas, juzgadas o condenadas, **en virtud de la colaboración que presten a las autoridades de cualquier orden para la eficacia de la administración de justicia**, sujetándose el acuerdo a la aprobación del juez competente, previo concepto del Ministerio Público.

La proposición de beneficios por parte de la Fiscalía General de la Nación estará fundamentada en la evaluación de las pruebas señaladas por el colaborador y que contribuyan eficazmente a:

1. La identificación de dirigentes o cabecillas de organizaciones delictivas y la demostración de su responsabilidad.
2. La identificación de bienes y fuentes de financiación de organizaciones delictivas que conlleven a su incautación.
3. La localización del lugar en donde se encuentra el secuestrado o el desaparecido o suministre prueba que permita deducir responsabilidad penal del determinador o director, cabecilla, financista o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada para los mismos.

Se tendrá como eficaz la colaboración cuando al menos haya sido soporte de resolución de acusación, incautación de bienes y

establecimiento de las fuentes de financiación o localización del secuestrado, salvo que por negligencia del funcionario no hubiese sido posible establecerlo.

Podrán acordarse, acumulativamente y en razón del grado de colaboración, una disminución de una sexta (1/6) hasta una cuarta (1/4) parte de la pena que corresponda al sindicado en la sentencia condenatoria, sustitución de la prisión por prisión domiciliaria, suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional en los términos previstos en el Código Penal e incorporación al programa de protección a víctimas y testigos.

De estos beneficios queda excluido el determinador de la conducta punible, el director, cabecilla, financista o promotor del concierto para adelantar delitos de secuestro o de la asociación organizada para ello.

En ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena, ni estarán condicionados a la confesión del colaborador.

No procederán los beneficios en ningún caso, cuando quien los solicite haya reincidido en la comisión de conductas punibles con posterioridad al otorgamiento de los mismos.

Indudablemente, la obtención de un proceso efectivo de colaboración con la justicia, ya sea en términos de ahorro de tiempos o costos, así como de obtención de información trascendente para el juzgamiento de otros punibles o sujetos,

debe ser un aspecto de necesaria valoración por parte del juez para determinar la condigna respuesta punitiva estatal.

En lo que respecta a la justicia restaurativa como segunda excepción plausible a la prohibición *sub examine*, se debe indicar, tal como ya se explicó con suficiencia, que esta es transversal a toda la justicia penal nacional, lo que implica que tanto el código penal como el procesal penal deben ser leídos de forma armónica con los postulados establecidos en la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes que privilegien o promuevan el uso de mecanismos restaurativos al interior de la actuación penal, en especial con lo preceptuado en sus artículos 523, 524, 525 y 526.

Esa lectura de las normas que integran el compendio jurídico penal del país en clave de justicia restaurativa, permite que los diferentes operadores jurídicos puedan dotarse de herramientas que armonicen el sistema de enjuiciamiento tradicional con los mecanismos de justicia restaurativa y así poder encontrar soluciones mas eficaces y que consulten de mejor manera los intereses de los reales involucrados en el conflicto, esto es, víctima y procesado.

Si la consecución de un resultado restaurativo existoso es el fin ultimo de la aplicación de la mediación y de los otros

instrumentos de justicia restaurativa, no puede obviarse que alcanzar dicha finalidad debe ser un aspecto de muy importante relevancia que debe ser obligatoriamente tenido en cuenta por el juez para determinar la reacción estatal frente a la conducta delictual cometida.

Frente a esta cuestión resulta algo bien importante y es que a diferencia con los mecanismos de colaboración con la justicia que prevé como excepción la regla prohibitiva del art. 68A pluricitada, en los eventos de justicia restaurativa, realmente no existen condicionamientos sobre el cumplimiento de los demás requisitos de ley exigidos para cada beneficio penal en concreto por lo que habrá una mayor libertad para el funcionario judicial, lo que no implica que por el hecho de presentarse un resultado restaurativo satisfactorio ello implique automáticamente la concesión, sin más, de beneficios penales, porque el juez, además de los condicionamientos propios de la mediación, deberá estar muy atento al cumplimiento de los fines de la pena para determinar si hay lugar a la extinción de la acción penal o a la concesión de determinado beneficio.

Caso concreto

Dentro del trámite de este asunto, se tiene que el señor **Juan Daniel Londoño Ramírez** viene siendo procesado por el punible

de tentativa de hurto calificado y agravado, el cual recayó sobre un reloj marca *Hyundai* de propiedad de almacenes *Homecenter* y que está avaluado en la suma de \$279.000.

Como situaciones relevantes al caso se tiene que el encartado fue aprehendido en situación de flagrancia en el mismo almacén; además de que esta persona aceptó cargos de forma unilateral y pagó la suma de \$432.000 que fue la indemnización tasada por el establecimiento comercial para sentirse reparado en sus perjuicios.

Todo ello conllevó a la imposición de una pena de 6 meses y 5 días de prisión, denegándose el acceso a beneficios y subrogados por expresa prohibición legal en tanto el hurto fue calificado por la violencia contra las cosas y agravado por haberse perpetrado en establecimiento público

Dentro del desarrollo de la causa en sede inicial, así como en el ejercicio de la doble instancia, la defensa deprecó el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria bajo el argumento de una excepción de inconstitucionalidad del artículo 68A del C.P.

Desde ya la Sala dirá que no comparte los argumentos planteados por el apelante, en tanto no encuentra por parte alguna la contradicción evidente de la norma en cita con la Carta Política

por lo cual no hay lugar a su inaplicación; no obstante, sí se debe analizar el caso en cuestión para determinar si dadas las características del mismo y todo lo antes dicho en acápite anteriores hay lugar a concederle al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena previsto en el artículo 63 del C.P. a pesar de la prohibición que establece el artículo 68A *idem*.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el acusado fue condenado por el delito de tentativa de hurto calificado y agravado, punible que se encuentra contenido en el inciso segundo del artículo 68A del C.P. como uno de los vedados del otorgamiento de beneficios y subrogados.

Una aproximación superficial al asunto indicaría que tuvo la razón el juez *a quo* cuando denegó tal beneficio en razón de la prohibición aparente de la norma; pero un análisis más profundo del tema indica todo lo contrario, en tanto es claro que en este caso no solo hubo una colaboración efectiva del procesado para con la Administración de Justicia, sino que es evidente la existencia de un resultado restaurativo en una buena medida satisfactorio, además de que se cumplen los condicionamientos del artículo del art. 63 penal y, por último, un análisis de los fines de la justicia penal y de la pena en un Estado Constitucional de Derecho indican que la concesión del subrogado en este caso se impone.

En efecto, en el presente asunto se tuvo una asunción de responsabilidad por parte del encartado, en tanto este decidió aceptar los cargos endilgados de forma unilateral e incondicional, en los términos en que le fueron comunicados en la respectiva audiencia de formulación de imputación y ratificados en el escrito de acusación que presentó la Fiscalía General de la Nación. Esto como se ha venido señalando, es una muestra fehaciente de una colaboración efectiva con la Administración de Justicia ya que el procesado permitió por voluntad propia una solución pronta y eficaz del caso, el cual concluyó con una sentencia condenatoria en un proceso abreviado carente de juicio oral.

Pero, además, de esto, en el presente caso no solo se dio la colaboración eficaz con la Administración de Justicia que eventualmente permite la flexibilización de la regla prohibitiva del art. 68A, sino que es más que evidente, como ya se dijo, que aquí se presenta un resultado restaurativo si bien no perfecto sí altamente satisfactorio:

Lo primero es que ciertamente el procesado por voluntad propia asumió la responsabilidad del acto delictual que cometió, el cual sí afectó un bien jurídico tutelado por la ley penal; pero el mismo pertenece a la orbita privada de la víctima como lo es el patrimonio económico.

Aunado a lo anterior, *Homecenter* en calidad de afectado y por medio de su apoderado fijó una suma monetaria como resarcimiento a los supuestos perjuicios materiales que le fueron ocasionados con el punible y los mismos fueron pagados en su totalidad por el procesado. En este punto la Sala no puede dejar de advertir que incluso hubo un pago en exceso en tanto el hurto fue tentado, es decir que el bien se recuperó de manera inmediata con apenas un daño en su empaque y sin embargo el procesado canceló casi que el doble del valor comercial del reloj.

Es cierto que en este caso no se cumplió con la ritualidad que exigen los artículos 523 y siguientes del C.P.P. ya que no se convocó oficialmente a un trámite de mediación, no hubo mediador oficial designado para el efecto y, obviamente, tampoco está el informe con el resultado satisfactorio obtenido; pero ello no impide predicar que en este caso se dio materialmente una mediación en tanto hubo una aproximación entre infractor y víctima que dio como resultado la asunción de responsabilidad, una fijación de unos perjuicios y el pago total de los mismos, que es lo verdaderamente esencial en este modelo de justicia consensual.

En efecto, esa ausencia del mediador y del informe respectivo direccionan más a una carga burocrática que a un requisito de validez de la práctica restaurativa, máxime cuando el garantismo penal de los Estados Constitucionales de Derecho indican que las

formas deben ceder ante las realidades y que estas deben ponderarse en razón de la necesidad de la legitimación sustancial de las leyes, las cuales deben ajustarse a la vigencia de los derechos fundamentales y los principios que regulan las actuaciones procesales⁷.

Además, los paradigmas garantistas del Estado de derecho imponen a los jueces el buscar formulas que permitan la humanización del derecho penal, tema que no ha sido ajeno a la Administración de Justicia durante el curso de la humanidad; pues basta recordar la obra donde se evoca que el buen juez Magnaud, en 1898, absolvió a una joven mujer por haberse robado un pan, manifestando que “cuando se presenta una situación semejante a la de Luisa Menard -la procesada-, claramente establecida, el juez puede y debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley”⁸

De otra parte, tampoco puede perderse de vista que la pena impuesta fue de menos de 7 meses (ahora en virtud de esta sentencia será exactamente de 6 meses) de prisión lo que indica que también se reúne el condicionamiento objetivo del artículo 63 del C.P.

⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid, 1995. P. 857.

⁸ LEYRET, HENRY. Las sentencias del buen Juez Magnaud. Ed. Temis. Segunda edición. Pág. 11.

Como complemento a lo antes señalado se tiene que el señor **Londoño Ramírez** carece de antecedentes penales, situación que lo ubica como un delincuente primario y tampoco existe en la actuación evidencia que permita afirmar o colegir que este sujeto pertenece a alguna banda delincuenciales dedicada al hurto sistemático en grandes superficies, lo que indica que los fines de prevención general, prevención especial, rehabilitación, protección y resocialización quedan a salvo con la imposición de la pena, pero con la concesión del subrogado de la sustitución de la ejecución condicional de la penal.

Todo lo anterior, permite afirmar en este asunto que la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P. puede exceptuarse en este asunto específico, no por una excepción de inconstitucionalidad en los difusos términos planteados por el apelante, sino por la existencia en este caso de una eficaz colaboración con la Justicia y un materialmente adecuado proceso de justicia restaurativa que permite flexibilizar la prohibición establecida en el artículo 68A.

No sobra advertir por último, que en este caso y dadas sus especiales connotaciones, conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privilegia altamente los principios de dignidad humana, participación de los involucrados en la solución del conflicto, protección real de los bienes de las personas, fines de la pena, solución real del

conflicto, colaboración eficaz con la justicia y verdad, justicia y reparación de las víctimas.

Así las cosas, al cumplirse con todos los elementos para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, esta se suspenderá por el término de dos (2) años imponiéndose una caución de medio salario mínimo legal mensual vigente, además de suscribir la respectiva acta de compromiso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Código Penal.”

En estos términos dejo sentado mi posición.

Fecha ut supra



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
MAGISTRADO

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **34013223b5d3ea12e1c70e66578039e2de4f6391ff83f9fec14d738d2c5c688b**

Documento generado en 26/07/2024 03:20:58 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>