

**TEMA: SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA-** La pena impuesta es la que la ley establece para esta clase de conductas, pero la aplicación estricta de la ley puede ser contraria a los principios y valores constitucionales. La privación de la libertad en este caso es desproporcionada y contraria a la dignidad humana. /

**HECHOS:** ZIBM, empleada de servicios generales del almacén H&M en el centro comercial Arkadia de Medellín, fue encontrada en flagrancia el 29 de agosto de 2022 con 12 prendas de vestir que no pagó, camufladas en su chaqueta, bolso y cuerpo. El Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín aceptó un acuerdo entre la Fiscalía y la procesada, reduciendo la pena por hurto agravado a 3 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. El problema jurídico se concreta en establecer si, ¿es viable en este caso otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria a la procesada, pese a la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P.?

**TESIS:** (...) partimos de la base que 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. (...) Observa la Sala mayoritaria que la justicia restaurativa no se da en el caso bajo estudio (...) 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 hecho de una presentación de una cuenta de cobro 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 la víctima, vale decir su representante legal o, más concreto, el gerente del almacén y la víctima, brilla por su ausencia. (...) 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 criminológico: 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 extremadamente desproporcionada. Se podrá alegar se debería aplicar la “excepción” de principalística, o la “excepción” de inconstitucionalidad, es más atinado hablar de la aplicación preferente, protagónica 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 podría 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, impone 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.(...) Solo resta afirmar que este análisis es perfectamente aplicable a la mujer que cometió la conducta punible. 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 tres (03) meses de prisión, no es acogida por la Sala. 2. La solución 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 resaltable que en este caso no existió propiamente un acuerdo restaurativo, aunque una actuación diligente del ente acusador podría generarlo. 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 los artículos 63 y 68ª del Código Penal, no es ni principalística, ni constitucionalmente válida. 5. Responde mejor y legítima 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 tres (03) 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. En consecuencia, al cumplirse con todos los elementos para la suspensión condicional de la ejecución de la pena a favor de la señora BEDOYA MAZO, pues la pena es muy menor, la sentenciada carece de antecedentes penales, es una delincuente primaria, no se tienen elementos de juicio que ella sea parte de una organización criminal dedicada al hurto sistemático de grandes superficies, tiene arraigo, resarció los daños causados, la vulneración del bien jurídico es menor, tanto por el valor del mismo, como porque la conducta no se consumó, por ello, en orden a cumplir con los principios y funciones de la pena, esta se suspenderá por el término de seis meses, se le impone una caución de \$50.000.00, se comprometerá a la condenada a cumplir con las obligaciones contenidas en el artículo 65 del Código Penal.

MP. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

FECHA: 15/10/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



Al servicio de la justicia y la paz social  
**SALA PENAL**

Medellín, quince (15) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

<b>RADICADO</b>	<b>05001-6000-206-2022-19239</b>
<b>PROCESADA</b>	<b>ZOLEIMA ISADORA BEDOYA MAZO</b>
<b>DELITO</b>	<b>HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO</b>
<b>TRÁMITE</b>	<b>PROCEDIMIENTO ABREVIADO</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO 23 PENAL MUNICIPAL DE MEDELLÍN</b>

MAGISTRADO PONENTE:  
**DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

Proyecto aprobado en Sala del diez (10) de octubre de dos mil veinticuatro (2024) mediante Acta Nro. 063 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 los suscritos primer y segundo 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 ZOLEIMA ISADORA BEDOYA CASTRO, sin embargo, el Dr. CERÓN ERASO llega a esa misma conclusión con argumentos diferentes y relacionados con los problemas interpretativos de los acuerdos y negociaciones, por ello aclara el voto.

## **2. HECHOS Y ACTOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES**

ZOLEIMA ISADORA BEDOYA MAZO, empleada de servicios generales del almacén H&M del centro comercial Arkadía de Medellín, el 29 de agosto de 2022, más o menos a las 15 horas, al momento de salir del mismo y al hacerle el control correspondiente, le fueron encontradas 12 prendas de vestir, la mayoría de tallas menores, que no pagó, éstas estaban camufladas en la chaqueta, bolso y en su mismo cuerpo, al principio explicó que las había comprado el día anterior, posteriormente afirmó que ello no era así, los pines de seguridad no los tenía, incluso una de las prendas estaba rota, al parecer en la acción de quitar ese dispositivo de seguridad. El valor de dichas prendas es de \$854.000.00.

Se afirma que la captura se realizó en situación de flagrancia, los cargos efectuados fueron, inicialmente, por hurto calificado y agravado, la vinculada no los aceptó, le fue impuesta medida de aseguramiento no privativa de la libertad, de no concurrir a almacenes considerados grandes superficies, los bienes fueron recuperados y entregados a la víctima quién consideró que la indemnización por los daños causados es de \$250.000.00 que fueron consignados debidamente, incluso, este interviniente

manifestó que no se opone a un preacuerdo siempre que no existan anotaciones o antecedentes por hechos similares en contra de la infractora.

En el acuerdo presentado se concreta en la comisión del delito de hurto modificado por la Ley 2197 de 2022, pues el valor de lo hurtado es menor de 4 salarios mínimos, calificado por la violencia sobre las cosas y agravado por ser en establecimiento abierto al público, con el dispositivo amplificador de la tentativa, artículos 239, 240 num. 1, 241 num. 11 y 27 del Código Penal. Afirmó la Fiscalía que solo para efectos de negociación se suprimiría el incremento por el calificante.

### **3. DE LA SENTENCIA RECURRIDA.**

El Juzgado, a cargo de la doctora NATALIA ACEVEDO MONTOYA, aceptó el acuerdo, no solo por el asentimiento libre, voluntario e informado de la autora de la conducta, sino porque la víctima estuvo de acuerdo con el mismo al momento de imposición de la pena se partió del hurto agravado con una pena que oscila entre 48 y 84 meses de prisión, por ser el monto de lo hurtado menor a un salario mínimo, aplicó el artículo 268 del C.P., y, en consecuencia, los rangos anteriores se disminuyen a 24 y 56 meses, respectivamente, además, por la tentativa se da una rebaja de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes de la pena, situación que reduce los anteriores márgenes a 12 y 42 meses en su mínimo y máximo, por la indemnización de perjuicios, artículo 269, redujo la pena imponible al 75% (3/4), para un total imponible de **tres (3) meses** de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Frente a la flagrancia consideró pertinente la aplicación del criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el radicado 54535 del 16 de febrero de 2022,

y complementado por la sala de este Tribunal con ponencia del dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN E. Radicado 2021-000156 del 20-09-22, en el cual determina la inaplicabilidad de la restricción punitiva en dicha situación toda vez que la interpretación hecha es restrictiva de la prohibición y no extensiva a supuestos diferentes de la norma, a más que lo dicho por la Corte Constitucional es un criterio óbiter dicta. Adicionamos que la analogía en mala parte no se aplica para situaciones que comprometen derechos fundamentales, no importa la normatividad en que se encuentren.

Respecto al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, consideró que la conducta materialmente cometida de hurto calificado, está expresamente prohibida por la ley 1709 artículos 29 y 32, en consecuencia, la pena impuesta deberá ser ejecutada en centro penitenciario.

#### **4. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Recorre la defensora exclusivamente respecto a la negación del subrogado, hace ver que la condenada es madre de dos menores, que la pena en prisión es innecesaria, alude a la contradicción de la decisión recurrida con los principios de las sanciones penales, la función de las penas y medidas de seguridad, de los principios que rigen el estatuto penitenciario, a más de la situación carcelaria para concluir que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad y otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

#### **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. Para el efecto de la solución del presente caso se tomará como fundamento lo decidido en un caso muy semejante y radicado con el número 2022-16919, del 26-07-24.

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.

El problema jurídico se concreta en establecer si, ¿es viable en este caso otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria a la procesada, pese a la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P.?

Para solucionarlo, partimos de la base que 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”<sup>1</sup>*

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

---

<sup>1</sup> Ob. Cit. Pág. 22 y 23.

*“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 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.”<sup>2</sup>*

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*

---

<sup>2</sup> Ob. Cit. Págs. 1008 y ss

*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”.*<sup>3”4</sup>

El hecho de una presentación de una cuenta de cobro 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 la víctima, 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. Por ello es obligado buscar otra alternativa para lograr un poco de justicia material en este caso.

Partimos de la base que la solución planteada por la honorable juez, si bien muy respetable, no se puede compartir pues esta repugna con la Constitución 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. Con la nueva concepción del derecho que es más constitucional que legal, se hace imperativo el conocer y

---

<sup>3</sup> Reyes Mate Rupérez. Justicia de las Víctimas. Anthropos Editorial. Barcelona. Página 10.

<sup>4</sup> 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.

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 mas justas y acordes con toda la sistemática constitucional actual. El tratadista SERGIO ESTRADA VÉLEZ explica la importancia de los principios en nuestro sistema constitucional<sup>5</sup>, 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.*

---

<sup>5</sup> ESTRADA VÉLEZ, SERGIO. La excepción de principalidad o los principios en serio. Medellín. Ed. Jurídica Sánchez. 2023. Pás. 121, 122 y 123.

*“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 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 autómeta, 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)”.*

La 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 conexo con el poder de interpretación difuso asignado a los jueces colombianos. 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 (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, pero no era la primera ni la más importante opción, sino que se constituía 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 constitucionalidad o 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.

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 obligatorio.** 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 y ello desde el punto de vista material, estos se resumen, en una gran síntesis, 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, al servicio 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 concreto para el caso particular, además, desde el punto de vista externo está 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 lo es para los particulares, todos y cada uno de los vivientes 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 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 es desarrollado 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 prevalentes y obligatorias, 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”.*<sup>6</sup>

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, al considerar que en un caso cuya pena de prisión impuesta es de tres (03) meses, no sea acreedora 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 para el delito de hurto calificado por los artículos 68<sup>a</sup> y 63 del Código Penal, esta no se concede.

---

<sup>6</sup> Citado por ESTRADA VÉLEZ, Sergio. Ob. Cit. Págs 216 y 217.

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 extremadamente desproporcionada.

Se podrá alegar se debería aplicar la “excepción” de principalística, o la “excepción” de inconstitucionalidad, **es más atinado hablar de la aplicación preferente, protagónica 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 podría 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, impone 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*<sup>7</sup>. 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 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 “coco” 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, en especial la igualdad y la justicia material, no tendrán 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, tres (03) meses de prisión, incluso, fue el mínimo posible el otorgado por la funcionaria de instancia en el proceso de determinación cuantitativa.

---

<sup>7</sup> LEYRET, HENRY. Las sentencias del buen Juez Magnaud. Ed. Temis. Segunda edición. Pág. 11.

Ahora, damos aplicación al proceso de ponderación en concreto,<sup>8</sup> consideramos que se pone en riesgo de vulneración la libertad de la condenada 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.

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, la condenada no tiene antecedentes penales y tiene arraigo. Se ha recordado que el daño patrimonial le 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 a la infractora de la ley, sino a su familia, esposo e hijos, también su derecho a laborar y darles sustento, sobretodo en un caso en el cual el daño social y personal a la sociedad y a la víctima es intrascendente.

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 de la condenada y también las de la víctima, al igual que

---

<sup>8</sup> 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.

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 la condenada cometió un delito, éste es menor; por las prendas incautadas se observa que iban dirigidas a sus hijos, obvio ello no justifica la conducta, de todas maneras, repetimos, indemnizó generosamente el daño causado al almacén, no existió exactamente 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 la conducta cometida 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 la condenada como ser humano rehaga su vida, el poder responder a sus hijos y 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 la condenada.

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 exegetico, 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 costosa para el Estado la privación de

la libertad de la infractora 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.

En séptimo lugar, es preciso dar cierta coherencia con la actual política criminal con la que se orientó la expedición de la ley 2292 de 2023, en la idea de dar mejores oportunidades -acciones afirmativas- a mujeres cabeza de familia comprometidas con la comisión de conductas punibles causadas por situaciones de marginalidad. Si bien es difícil la aplicación de esa norma que tiene la mejor voluntad pero que no consulta las realidades sociales y jurídicas nuestras, la Sala entiende la finalidad que persigue y con esta decisión se procura hacerla realidad, incluso, con mejores resultados que los previstos en tal normatividad.

Por último, es pertinente recordar la razón de ser de este subrogado y de como se cumple con ellos con los principios de prevención general y prevención especial, 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 adultos<sup>9</sup>, en la cultura anglosajona, 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

---

<sup>9</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Penología. Ed. Reus. Madrid. 1920. Pg. 24.

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.”<sup>10</sup>*

Solo resta afirmar que este análisis es perfectamente aplicable a la mujer que cometió la conducta punible.

Como gran síntesis de lo dicho, tenemos:

---

<sup>10</sup> SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Segunda reimpresión. T. II. Buenos Aires. 1953. Págs. 415 y 416.

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 tres (03) meses de prisión, no es acogida por la Sala.
2. La solución 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 resaltable que en este caso no existió propiamente un acuerdo restaurativo, aunque una actuación diligente del ente acusador podría generarlo.
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 los artículos 63 y 68<sup>a</sup> del Código Penal, no es ni principalística, ni constitucionalmente válida.
5. 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 tres (03) 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 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.

En consecuencia, al cumplirse con todos los elementos para la suspensión condicional de la ejecución de la pena a favor de la señora BEDOYA MAZO, pues la pena es muy menor, la sentenciada carece de antecedentes penales, es una delincuente primaria, no se tienen elementos de juicio que ella sea parte de una organización criminal dedicada al hurto sistemático de grandes superficies, tiene arraigo, resarció los daños causados, la vulneración del bien jurídico es menor, tanto por el valor del mismo, como porque la conducta no se consumó, por ello, en orden a cumplir con los principios y funciones de la pena, esta se suspenderá por el término de seis meses, se le impone una caución de \$50.000.00, se comprometerá a la condenada a cumplir con las obligaciones contenidas en el artículo 65 del Código Penal.

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 tercero de la sentencia recurrida y, en su lugar, otorgar a la señora ZULEIMA ISADORA BEDOYA MAZO, el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión. Deberá la condenada pagar la caución impuesta y obligarse a cumplir con las obligaciones establecidas en la parte motiva. Se harán por secretaría las comunicaciones correspondientes.

Sentencia de segunda instancia. Concede subrogado  
RADICADO: 05001 6000 206 2022 19232  
PROCESADA: ZOLEIMA ISADORA BEDOYA MAZO  
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO

**SEGUNDO:** En lo demás se confirma la sentencia recurrida.

**TERCERO:** 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.

**CUARTO:** Copia de esta providencia será enviada a la Juez de instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**



**OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
MAGISTRADO PONENTE



**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
MAGISTRADO (CON ACLARACIÓN DE VOTO)



**CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN**  
MAGISTRADA

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN PENAL

**Radicado:** 050016000206202219232  
**Procesado:** Zoleima Isadora Bedoya Mazo  
**Delito:** Hurto calificado y agravado tentado  
**Magistrado Ponente:** Oscar Bustamante Hernández

#### ACLARACIÓN DE VOTO

En este caso, con el mayor respeto, debo manifestar que si bien comparto la decisión final de otorgar el subrogado a la señora **Bedoya Mazo**, no ocurre lo mismo con los argumentos que se emplearon por el ponente para llegar a la referida conclusión, en tanto, los del suscrito difieren ostensiblemente tal como se verá a continuación:

#### **1. Las reglas que rigen actualmente para la celebración de los preacuerdos en el sistema jurídico colombiano**

Para abordar el asunto, lo primero que debe destacarse es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte

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

Ya desde el año 2005, la Corte Constitucional al sentar las bases del nuevo modelo procesal que se había implementado en Colombia a raíz del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, estableció que como el nuevo procedimiento tiene una marcada tendencia acusatoria, el mismo se caracteriza por una estricta distribución y división de roles entre la Fiscalía, la defensa y el juez, lo que da lugar ciertamente a un proceso adversarial en donde la primera tendrá de manera exclusiva la titularidad de la acción penal, es decir, *el poder requirente* o la facultad de acusar, la defensa por su parte tendrá todas las posibilidades fácticas y jurídicas de ejercer la oposición a la acusación por medio de su *facultad defensiva*, a la vez que el juez, ubicado en el centro de este cuadrilátero dialéctico ejercerá la *función jurisdiccional* de decidir el conflicto, acogiendo con absoluta objetividad e imparcialidad una de las pretensiones de los litigantes enfrentados en igualdad de condiciones<sup>11</sup>

En razón de esa diferenciación de roles, al Fiscal se le había reconocido total autonomía para hacer la adecuación típica de la imputación y de la acusación y por esa misma vía la de los preacuerdos; sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-1260 de 2005, estableció una importante subregla al indicar que la Fiscalía en uso de esa

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencias C-591 y C-592 de 2005

función acusadora no podía crear tipos penales y por ende el juicio de imputación estaba sometido a los principios de objetividad y legalidad; es decir, que aquella, cuando se disponía realizar el ejercicio de subsunción normativa de los hechos delictivos, debía proceder de la manera más razonable y objetiva posible, es decir, solo imputar lo que se encontraba debidamente acreditado para ese momento.

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

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

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

Fue así como la Corte Suprema señaló que cualquier intromisión del juez en tal atribución so pretexto de control material de la acusación, era un desbordamiento inaceptable de sus funciones legales y constitucionales, lo cual incluso podía dar lugar a un amparo constitucional por una clara vía de hecho del funcionario judicial que así actúe.<sup>12</sup>

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

Sin embargo, esa postura fue variada posteriormente por la misma Corte, quien indicó que debía propenderse porque el juez tuviera amplias facultades respecto de la labor de la Fiscalía y en ese sentido se autorizó un control material más o menos fuerte de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso<sup>13</sup>.

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

---

<sup>12</sup> Al respecto, confrontar solo a manera de ejemplo decisiones radicadas: 29994 de julio 2008, 38256 de 21 de marzo de 2012, 37951 del 19 de junio de 2013, 41375 del 14 de agosto de 2013 y 39886 de 16 de octubre de 2013.

<sup>13</sup> Radicados 27759 del 12 de septiembre de 2007 y 31280 del 8 de julio de 2009.

grado de intromisión profundo del funcionario judicial en la acusación y los acuerdos.

Esta posición fue morigerada, surgiendo una tercera línea, a través de providencias posteriores<sup>14</sup>, en las cuales se indicó que ese control material operaba única y exclusivamente de manera excepcional, en tanto al funcionario judicial se le autorizaba hacer un auscultamiento más profundo de la imputación, acusación y preacuerdo, solo cuando evidenciara una violación flagrante de garantías fundamentales.

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

Para delimitar cuando hay una vía de hecho, la Corte ha establecido varias subreglas, entre las cuales está la de que la Fiscalía para entrar en negociaciones con la defensa debe partir de una tipificación objetiva, real y circunstanciada de la conducta delictual que investiga, para luego si optar por cualquiera de las alternativas que permite el artículo 351 procesal.

Empero, es lo cierto que a partir de la sentencia de unificación SU-479 de 2019 y las sentencias 52227 y 50659 de 2020, tanto la Corte Constitucional

---

<sup>14</sup> Radicados 40871 del 16 de julio de 2014, 41570 del 20 de noviembre de 2013, 39892 del 6 de febrero de 2013, 42452 del 1 de octubre de 2014, 42184 del 15 de octubre de 2014, 43436 del 28 de octubre de 2015, 45594 del 5 de octubre del 2016, 52311 del 11 de diciembre de 2018, 51007 del 5 de junio de 2019 y las sentencias de tutela 69478 del 24 de septiembre de 2013 y 70392 del 13 de noviembre de 2013.

como la Corte Suprema de justicia, cambiaron nuevamente el rumbo de sus precedentes frente a los preacuerdos, asumiendo ahora un control material fuerte y una visión totalmente novedosa de la justicia premial, como se verá a continuación:

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

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

Esto se dijo en la referida sentencia SU479 de 2019:

**“Conclusiones y órdenes a proferir**

...

- Los fiscales no cuentan con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible (Sentencias C-516 de 2007 y C-059 de 2010). La labor de los fiscales en el nuevo esquema procesal penal es de adecuación típica, por lo que, si bien tienen un cierto margen de apreciación para realizar una imputación menos gravosa con miras a llegar a un preacuerdo, no pueden seleccionar libremente el tipo penal

correspondiente, sino que deberán obrar de acuerdo con los hechos del proceso (Sentencia C-1260 de 2005, Directiva 01 de 2006 FGN, Directiva 01 de 2018 FGN). En consecuencia, la facultad de celebrar preacuerdos se encuentra limitada por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso, límite que aplica para el reconocimiento de las causales de atenuación punitiva consagradas en el artículo 56 del Código Penal.

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

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

En efecto, un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del C.P.), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una

modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005.

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

...”.

Fue a propósito de esa decisión, que la Corte Suprema profirió la providencia 52227 del 24 de junio de 2020, alineándose ahora con la nueva postura de la Corte Constitucional para establecer que la labor de la Fiscalía es reglada y tiene como limitantes el ordenamiento legal, el constitucional y el interno de la propia entidad y que si bien el control que tienen los jueces respecto de la imputación y la acusación es formal, no sucede lo mismo cuando los Fiscales hacen peticiones de preclusión o presentan preacuerdos, pues en estos casos el funcionario judicial sí tiene amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos, ya que esa resolución de la solicitud que hace el Fiscal es una expresión del ejercicio de la jurisdicción.

Es más, a pesar de que en la providencia en algunas partes se diga lo contrario, es lo cierto que la Sala de Casación Penal conviene con la Constitucional en los dos puntos axiales que sustentan la SU-479 en comento: uno, que los beneficios otorgados por la Fiscalía en un preacuerdo

deben tener base probatoria y, dos, que las circulares del Fiscal General de la Nación son fuentes normativas vinculantes para todos los operadores jurídicos, entre los que se encuentran, por supuesto, los jueces.

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

1. Dados unos hechos reales que tienen sustento en la evidencia y los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación, se cambia la calificación jurídica para obtener beneficios punitivos y penitenciarios. Para la Corte, como esos beneficios otorgados por la Fiscalía no tienen ningún sustento probatorio resulta inadmisibles el preacuerdo. Es decir, que para la Sala de Casación Penal, al igual que para la Corte Constitucional, solo son admisibles cambios en la calificación jurídica que tengan por lo menos un mínimo probatorio que los sustente.
2. Respetando los hechos y la adecuación típica original, para hacer prevalecer el principio de legalidad, se puede preacordar una pena más benéfica de un tipo penal diferente, sin que ello comprometa el análisis de la ejecución de la sanción porque esta se hará de acuerdo al delito real. Según la Corte, esto es admisible hacerlo, pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado par el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros copartícipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Página 58, radicado 52227 del 24 de junio de 2020 CSJ

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

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

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

Frente a este panorama, lo primero que se debe decir es que por regla general los precedentes de las Cortes de Cierre son de obligatorio cumplimiento para todos los demás operadores jurídicos y comunidad en general a efectos de preservar principios muy caros a los Estados Constitucionales de Derechos como son la igualdad y la seguridad jurídica, --según decantada jurisprudencia constitucional, que por cierto se trae a colación en la misma SU-479 de 2019--; sin embargo, esa misma doctrina explica que para preservar de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, que es otro principio y valor constitucional previsto en el

artículo 230 Superior, es posible que esos mismos operadores jurídicos se puedan apartar del precedente a condición, entre otras hipótesis, de que se expliciten los argumentos del mismo y se den solidas razones para no compartirlos<sup>16</sup>. En este sentido la carga argumentativa de quien decide apartarse del precedente es muy grande y por obvias razones en este caso no se incluyen las sentencias de constitucionalidad.

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

Lo primero que deberá advertirse es que se comparte la preocupación esbozada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez en su salvamento de voto, en el sentido de que la discusión aquí planteada, esto es las reglas que definen la validez de los preacuerdos, es de índole legal que no constitucional; por lo tanto, la misma escapaba a la órbita del juez de tutela, siendo la competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el Magistrado Guerrero consideró que era la Sala de Casación penal, como Tribunal de cierre de la justicia penal ordinaria, a quien le competía determinar los parámetros que debe respetar la Fiscalía en la celebración de los preacuerdos y la clase de control que cumple el juez en

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, rads. C-836-2001, SU-479 de 2019, entre otras muchas más.

estos casos, máxime que frente a ese tópico dicha Corporación a lo largo del tiempo había construido 3 posturas -todas debidamente argumentadas, pero contrastadas-, sobre las cuales no podía tomar partido la Corte Constitucional, pues ello implicaría una clara invasión de competencias.

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

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

Como se puede observar es claro que el legislador a través de esta figura de negociación, flexibiliza el principio de legalidad y obviamente permite crear algunas ficciones jurídicas, eso sí con ciertas limitaciones, a efectos de que sea atractivo para el imputado someterse a un proceso abreviado en donde, ni más ni menos, renuncia a su presunción de inocencia y sin fórmula de

juicio acepta su culpabilidad a cambio de que la Fiscalía obviamente le de un beneficio verdadero, traducido realmente en una dádiva punitiva en punto a la cantidad o la calidad.

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

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

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

Punto álgido de esta exigencia probatoria que hace la Corte Constitucional para conceder beneficios a través de preacuerdos, lo es también, aparte de la abolición de tajo de la justicia negocial, el desconocimiento abierto a la reglamentación legal que tienen desde el año 2004, la institución de los preacuerdos, la cual fue consagrada en los artículos 348 y siguientes, que permite a la Fiscalía y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación y “... adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”<sup>17</sup>.

Nótese, pues, que la Corte en esa sentencia de unificación, crea requisitos legales no previstos por el legislador, en tanto en esa norma, ni en ninguna otra, se habla de que para conceder beneficios deba tenerse referente probatorio, porque eso, aparte de todo lo dicho, es un contrasentido lógico,

---

<sup>17</sup> Artículo 350 del CPP

en tanto, un beneficio no puede ser algo a lo que se tenga derecho, sino que es una dádiva que vuelve atractiva la transacción procesal de la cual también va a salir beneficiado el Estado.

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

De hecho, nótese que la misma Fiscalía General de la Nación en la Directiva No. 0001 del 3 de diciembre de 2015 “Por medio de la cual se explica la naturaleza, se establecen los alcances se fijan límites sobre el contenido de las directivas”<sup>18</sup>, estableció que los destinatarios de la misma únicamente son los fiscales y los funcionarios de Policía Judicial:

## **“I. CONTENIDO Y DECISIONES**

### **A. Contenido**

La presente directiva explica la naturaleza legal y constitucional, determina los alcances y fija los límites del contenido de las directivas con el fin de establecer, un marco para su expedición. También establece que estas son manifestación, del ejercicio de la función jurisdiccional del

---

<sup>18</sup> <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/normatividad/>

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

...

## **V. CONCLUSIONES**

...

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

...

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

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

Así, pues, es claro que si, por ejemplo, el Fiscal General de la Nación expide una circular indicando que a los Fiscales les queda prohibido reconocer la circunstancia de marginalidad en preacuerdos donde se esté aceptando responsabilidad por ciertos delitos y el funcionario de la Fiscalía desatiende esa instrucción, ello solo producirá efectos disciplinarios o administrativos para él, pero no tendrá ningún efecto adverso frente al preacuerdo, siempre y cuando el mismo reúna los requisitos establecidos por la ley. En

consecuencia, lo que se impondrá es que el juez emita la correspondiente aprobación de la negociación, porque esa circular jamás podrá ser fuente normativa de los preacuerdos.

Lo anterior da cuenta que los únicos destinatarios de las circulares o directivas emitidas por el Fiscal General de la Nación son los servidores públicos de dicha entidad, ya que resulta insólito pensar que directrices impartidas por una parte procesal puedan afectar las decisiones de los jueces de la República que están investidos, por mandato constitucional de autonomía e independencia<sup>19</sup>.

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

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

Sin embargo, el análisis de su contenido permite verificar que no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de *desiderátum* dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados.

Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de

---

<sup>19</sup> Art. 230 constitucional

verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.<sup>20</sup>

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

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

Por lo anterior, esta Corporación se apartará de manera muy respetuosa de la doctrina constitucional establecida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019, porque aunque se entiende la gran preocupación del Alto Tribunal por los exagerados beneficios que en la actualidad están concediendo algunos fiscales en razón de los preacuerdos celebrados con la defensa, que ciertamente afectan la correcta Administración de Justicia; la manera como se aborda el asunto es muy problemática, en primer lugar, porque hay serios reparos sobre la competencia constitucional para ello; en segundo lugar, porque asumir la

---

<sup>20</sup> C.S.J. Radicado 42.184 del 15 octubre de 2014

doctrina establecida en esta jurisprudencia acabaría con el sistema de justicia negocial y, en tercer lugar, porque se le da un estatus jurídico que no tienen a las circulares del Fiscal General de la Nación y se le atribuye a este un poder reglamentario de la ley sobre el cual no está habilitado, tal como se explicó con anterioridad.

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

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

Como ya se pudo analizar, la Corte explica que en la práctica judicial se vienen dando 3 modalidades de preacuerdos<sup>21</sup>, dos de los cuales (el primero

---

21

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

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

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

Si partimos de que basamentos de un modelo de justicia con tendencia acusatoria son el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la

---

pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado par el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros copartícipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición<sup>21</sup>.

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

independencia de roles entre el acusador, el defensor y el juez; que no puede haber proceso, juez ni sentencia sino hay acusación previa (*nemo iudex sine actore*); que la acusación es el marco factico jurídico del juicio y, por supuesto, de la sentencia (principio de congruencia) y que el preacuerdo hace las veces de acusación, la propuesta de la Sala de Casación Penal resulta abiertamente problemática por varias razones:

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

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

En pocas palabras: el preacuerdo, como acusación que es, es el derrotero fáctico-jurídico del proceso, y si aquel fue aprobado por el juez, se debe respetar de manera íntegra todos sus términos al momento de proferir la

sentencia para preservar el principio de congruencia y todas las demás garantías y principios que de ahí dimanen, tal como se acaba de analizar. Esta regla tuvo aceptación por mucho tiempo en la Sala de Casación penal, que sin ambages sostenía: “los términos del preacuerdo no solo son derroteros para la imposición de la pena, sino también para todas las consecuencias que de ahí se deriven, por ejemplo, la forma de ejecución de la pena.”<sup>22</sup>, con base en el artículo 352 inciso cuarto que establece de manera categórica: “Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”

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

Refulge nítido que tales exigencias nuevas a los preacuerdos generan situaciones absolutamente gravosas para el procesado y eso sí que riñe con el ordenamiento constitucional. Adicionalmente, algunos de tales requisitos son abstractos, vagos ambiguos y dan lugar a subjetividades que golpean el debido proceso y la seguridad jurídica, porque es sumamente complejo que un fiscal o un juez puedan calificar cuándo se presenta una verdadera

---

<sup>22</sup> Rads. 46.684, 46.101, 43.356, 45736 todas del año 2016 y 44906 de 2014

actitud de arrepentimiento, en qué consiste, cómo se consolida, etc., pues esto es una concepción personal de la que difícilmente puede tenerse certeza.

Por todas las anteriores razones, esta Sala considera que debe apartarse en gran parte de la última posición de la Sala de Casación penal; sin embargo, es importante relieves que esta Corporación, haciendo eco de su precedente, en la sentencia en comento reitera la importancia de diferenciar el control judicial de la imputación o acusación en un proceso ordinario y el control judicial a los preacuerdos o allanamientos.

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

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

Esta Colegiatura considera totalmente legítimas la preocupación de las altas Cortes por lo que ha venido pasando con los preacuerdos, en donde la Fiscalía en muchos casos ha ofrecido beneficios desproporcionados a los procesados, lo que ha originado verdaderas situaciones de impunidad que

no solo desprestigian a la Administración de Justicia sino que han atentado contra los derechos de las víctimas y de la sociedad toda; sin embargo, respetuosamente se considera que la solución no puede estar en pedir prueba de los beneficios porque ello evidentemente desarticula la justicia premial, sino en hacer una reinterpretación de las normas que regulan los allanamientos y preacuerdos en clave sistemática, teleológica, principialística y constitucional para lograr que este modelo de justicia se mantenga; pero con unos límites reales y concretos que impidan su desbordamiento.

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

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

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

2. No se puede exigir base evidenciaría para sustentar el beneficio a conceder al procesado; pero ello de ninguna manera faculta de manera ilimitada en ese sentido a la Fiscalía, pues si se analiza con detenimiento las normas que rigen a la justicia negociada, es claro que el Ente Persecutor puede eliminar una agravante sin ningún inconveniente, a tal que eso sea el único beneficio; pero es claro que cuando la norma habla

de “la eliminación de un cargo específico” o que se “tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”, la cuestión no es tan simple como aparentemente parece, porque tal concesión debe respetar los derechos a la verdad y la justicia de la víctima y en general de toda la sociedad, no desprestigiar la Administración de Justicia y solucionar de manera adecuada el conflicto, con lo cual el beneficio tiene que tener **coherencia lógica** con la estructura del núcleo esencial de los hechos jurídicamente relevantes que sustentan la imputación o la acusación, para no pervertir o desnaturalizar el caso.

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

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

Así, el hecho de que el legislador en el artículo 350 del CPP establezca que desde la formulación de la acusación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía puede llegar a un preacuerdo sobre los

términos de la imputación, describe nítidamente un interregno infranqueable en donde las negociaciones tienen un amplio campo de acción para eliminar un agravante o tipificar la conducta de una manera más benigna al procesado.

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

Después de formulada oralmente la acusación en el respectivo acto procesal, deberá atenderse el contenido del artículo 352 *ibidem*, que establece: “Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior... Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.”

Así las cosas, los preacuerdos después de formulada la acusación tienen una seria limitante, pues se podrá pactar la eliminación de un agravante o una tipificación más benigna; pero el beneficio punitivo ya solo puede ser de una tercera parte.

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

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

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

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

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

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

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

Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

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

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

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

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

Analizando el caso de marras con base en lo que se viene de exponer, se tiene que los términos del preacuerdo estribaron en reconocer la eliminación del calificante del hurto en contraprestación a la aceptación temprana de cargos.

De lo anterior, el resultado del negocio entre las partes generaba una novel calificación jurídica la cual era la que debía ser tenida en cuenta para verificar la viabilidad del otorgamiento de beneficios y subrogados.

Así, nítido refulge que lo que se debía hacer era estudiar los beneficios y subrogados teniendo en cuenta la acusación fruto del preacuerdo para preservar, como se ha dicho el principio acusatorio; pero especialmente el de congruencia, de donde se puede constatar que la señora **Bedoya Mazo** si cumplía con el primer requisito objetivo previsto en el canon 63 del C.P., dado que la pena impuesta fue inferior a 48 meses de prisión. Aunado a lo anterior, la nueva calificación jurídica, esto es, el delito de hurto agravado, sin calificante, no se encuentra contenido en el artículo 68A *idem* como una de las conductas vedadas para el otorgamiento de beneficios y subrogados.

Lo mencionado adquiere más sentido si se tiene que la pervivencia de las dos acusaciones en los términos en que se vienen observando al interior de este trámite genera una *lex tertia*, al contar en la actuación con una acusación para penas y otra distinta para evaluar los subrogados, situación que también puede poner en vilo la legalidad de los delitos y las penas al otorgarse una consecuencia jurídica a un delito que no la tiene, en tanto con esa postura de la Corte se cohonestan la asignación de efectos jurídicos a ciertos tipos penales que, en realidad, no los tienen.

En consecuencia, las valoraciones atinentes al otorgamiento de subrogados y mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, deben ser analizados a la luz del resultado del preacuerdo, situación que hacía innecesario hacer un estudio de principialística y de finalidades de la pena, en razón a que ya ese delito derivado del preacuerdo permitía el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como un derecho irerrestricto para la encartada.

Sentencia de segunda instancia. Concede subrogado  
RADICADO: 05001 6000 206 2022 19232  
PROCESADA: ZOLEIMA ISADORA BEDOYA MAZO  
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO

Así las cosas, se insiste, lo procedente en este asunto era evaluar la concesión de los beneficios y subrogados desde la calificación jurídica otorgada en el preacuerdo, esto es, **hurto agravado** lo que permitía otorgar el subrogado.

En estos términos dejo sentado mi criterio.

Fecha *ut supra*

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
**Magistrado**

