

PROCESO: 05001-60-00-206-2017-01928
DELITO: Porte Ilegal de Armas
CONDENADO: Bladimir Guarín Quintero
PROCEDENCIA: Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria por allanamiento
DECISIÓN: Decreta la nulidad
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto Aprobado por Acta Nro. 139

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en contra de la sentencia proferida el 15 de agosto del presente año, por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual condenó a Bladimir Guarín Quintero, como responsable del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, municiones o partes.

I. HECHOS

El 25 de enero de 2017, siendo aproximadamente las 5:45 horas, fue capturado Bladimir Guarín Quintero, cuando se desplazaba en la motocicleta de placas

KFF88D por la carrera 32 con la calle 102 de esta ciudad, portando, sin permiso de autoridad competente, un arma de fuego tipo revolver, calibre 38 largo, con seis (6) cartuchos para el mismo, que habiendo sido objeto de pericia técnica se determinó que eran aptos para los fines que fueron creados.

El capturado fue puesto a disposición de la autoridad judicial competente, llevándose a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento por el Juzgado 18 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, quien ordenó su reclusión en un establecimiento carcelario¹.

El 1° de marzo de 2017, la Fiscal 179 Seccional radicó el escrito de acusación, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 16 Penal del Circuito de esta ciudad, quien llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 27 de abril de la anualidad que avanza², donde el imputado decidió aceptar su responsabilidad por el delito prescrito en el artículo 365 del Código Penal, bajo la modalidad portar.

La audiencia de lectura de fallo se realizó el 15 de agosto pasado³, en ésta el funcionario de instancia advirtió sobre el asesoramiento que hizo la defensa para que su representado aceptara o no los cargos, de acuerdo a una postura anterior donde inaplicaba el artículo 57 de la ley 1453 de 2011 y la ley 1098 de 2006. Pero en atención a que la misma no fue acogida por este Tribunal, indicó que la rebaja de la pena por allanamiento la haría de conformidad con el artículo 539 del C. de P. Penal, recientemente creado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, cuyo párrafo indica que las rebajas contempladas en ese artículo se aplicarán en los casos de flagrancia; en consecuencia, por favorabilidad hizo una reducción de la pena del 40%, fijándola en sesenta y cuatro (64) meses y veinticuatro (24) días de prisión y por el mismo lapso la accesoria de inhabilidad en el ejercicio de

¹ Folios 6 a 8.

² Folio 49.

³ Folios 64 y 65.

derechos y funciones públicas. Así mismo, le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria de que tratan los artículos 63 y 38 del C.P.

La sentencia fue apelada por Fiscalía.

II: DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La Fiscal 179 Seccional al expresar los motivos de disenso frente a la decisión del funcionario de primera instancia, indicó que la aceptación de cargos del acusado estuvo supeditada al ofrecimiento de la rebaja de la pena de hasta el 50% en capturas en flagrancia, toda vez que la defensa conocía el precedente donde el Juez 16 Penal del Circuito inaplicaba el artículo 57 de la ley 1453 de 2011 y la ley 1098 de 2006; sin embargo, al momento de emitir el fallo, el *A quo* cambió la postura que inicialmente se había ofrecido al acusado por la aceptación de cargos y enunció que daría aplicación al artículo 16 de la ley 1826 de 2017 y rebajó la pena en un 40%, aspecto que considera es un error, pues no sólo omitió hacer una valoración especial de dicha norma, sino que además desconoció lo estipulado en el artículo 10 de la misma ley que de forma expresa refiere cuáles son los delitos objeto del procedimiento especial abreviado, dentro de los cuáles no está el porte ilegal de arma de fuego contemplado en el artículo 365 del Código Penal.

Por lo tanto, solicitó a la Sala que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la aceptación de cargos por ser violatoria de derechos y garantías fundamentales, pues se crearon en el acusado falsas expectativas que condujeron a su aceptación de responsabilidad, o en su defecto se modifique la pena impuesta teniendo en cuenta la rebaja permitida por la ley 906 de 2004.

El defensor como sujeto no recurrente, luego de poner de presente una serie de circunstancias que se dieron en las audiencias de formulación de acusación y lectura fallo, solicitó que se mantenga la decisión del Juez de instancia, pues en este caso su decisión humaniza el proceso penal al aplicar por favorabilidad la ley 1826 de 2017.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. Ha de recordar la Magistratura el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por los recurrentes, con mayor razón cuando se enfrenta a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, los motivos de discusión en segunda instancia.

3. Los problemas jurídicos propuestos por la censora pueden resumirse así: i) si fue correcta la decisión del *a quo* al conceder al sentenciado una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer por aceptación de cargos en la audiencia de acusación, de conformidad con el artículo 539 del C. de P. Penal, creado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, normatividad aplicada por favorabilidad; y en caso de que la respuesta al anterior, sea negativa, ii) si existe un vicio en el consentimiento del acusado que lo condujo a aceptar los cargos, dada la expectativa de una rebaja en proporción no autorizada por la ley y que debe ser corregido con la nulidad de la actuación.

4. Antes de abordar la solución al primero de los problemas jurídicos postulados por el censor, debe la Sala recordar algunos aspectos básicos del Principio de favorabilidad invocado por el *a quo* para decidir como lo hizo.

En esa dirección vale la pena transcribir *in extenso* aparte de pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que aborda el tema en los siguientes términos:

32. De conformidad con el artículo 29 Superior, "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". Esto indica que la favorabilidad ha sido consagrada como un principio rector del derecho punitivo, forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental de aplicación inmediata, tal como lo prevé el artículo 85 de la Carta.

Dicho principio constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, el contexto propio para su aplicación es la sucesión de leyes, y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia:

"Frente a la sucesión de leyes en el tiempo, el principio favor libertatis, que en materia penal está llamado a tener más incidencia, obliga a optar por la alternativa normativa más favorable a la libertad del imputado o inculpado. La importancia de este derecho se pone de presente a la luz del artículo 4o de la Ley 137 de 1994, que lo comprendió entre los derechos intangibles, esto es, inafectables durante los estados de excepción."⁴

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, se refiere a esta prerrogativa en los siguientes términos:

"Artículo 15. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

En el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José⁶, se consagra de manera casi idéntica a la contenida en el anterior instrumento internacional.

En concordancia con la norma constitucional citada, los artículos 6° del actual Código Penal (ley 599 de 2000) y 6° del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) lo consagran como norma rectora de uno y otro ordenamiento.

⁴ Sentencia C-304 de 1994. Sobre la vigencia de esta garantía en cualquier tiempo, ver la sentencia C-200 de 2002.

⁵ Aprobado por la ley 74 de 1968.

⁶ Aprobado por la ley 16 de 1972

33. *La importancia de este instituto radica en que el legislador en ejercicio de su potestad de configurar los mecanismos para el ejercicio del ius puniendi, en desarrollo de la política criminal que considere más apropiada y acorde con las conveniencias políticas y sociales del momento, bien puede establecer un régimen penal más o menos restrictivo que el anterior. En ese contexto, de tránsito normativo, las personas sometidas a proceso penal tienen la prerrogativa de acogerse a las disposiciones que resulten menos gravosas frente a la restricción de derechos fundamentales que de suyo comporta el ejercicio de la potestad punitiva estatal.*

34. *Sobre el alcance de esta garantía la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que para su aplicación en materia penal no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales⁷.*

Así mismo ha señalado que la aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez del conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado. Esto significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas, como ya ha tenido oportunidad señalarlo la Corte:

"En principio, el carácter más o menos restrictivo de una disposición penal, por sí misma, no quebranta la Constitución. El principio de favorabilidad, plasmado en el tercer inciso del artículo 29 de la C.P., se dirige al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. La aplicación preferente de la norma favorable no significa la inconstitucionalidad de la desfavorable dejada de aplicar, tacha que solo puede deducirse de su autónomo escrutinio frente a la Constitución."

(...)

"El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (C.P. art. 29)."⁸

⁷ Ver entre otras las Sentencias C-252 de 2001, C-200 de 2002, C-922 de 2001 y T-272 de 2005.

⁸ Sentencia C-301 de 1993.

35. En relación con su naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y su carácter intangible, ha explicado que tales atributos implican que puede exigirse o solicitarse su aplicación en cualquier momento, pero con la condición de que la nueva ley más favorable se encuentre rigiendo. La decisión de si procede o no la aplicación de tal derecho es un asunto que corresponde determinar al juez competente para conocer del proceso respectivo, lo cual no quiere decir que aquella deba ser siempre en favor de quien lo invoca:

“El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Como acaba de ser explicado, algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la no reformatio in pejus, o el principio de favorabilidad (C.P. art. 29).”⁹¹⁰

Ahora bien, en varias de las decisiones en que esa Corporación ha abordado el estudio de este principio ha enfatizado la necesidad de verificar la identidad entre las situaciones fácticas que las normas en tránsito o coexistentes están llamadas a regular. Lo anterior en los siguientes términos:

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos.¹¹(subrayado por la Sala)

El anterior criterio fue reiterado después en los siguientes términos:

⁹ Sentencia C-475 de 1997.

¹⁰ Sentencia C-371 de 2011.

¹¹ Sentencia C-181 de 2002.

*“las normas que se dictaron para la dinámica del sistema acusatorio son susceptibles de aplicarse por favorabilidad a casos que se encuentren gobernados por el Código de Procedimiento Penal de 2000, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos”.*¹²

En dirección semejante ha discurrido la Corte Suprema de Justicia cuando al abordar el tema sostuvo:

*La aplicación de la ley penal permisiva o favorable supone, como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal y constitucional, sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación¹³, pero también tiene lugar frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho.*¹⁴

En esa misma providencia resaltó la Corte el nexo inescindible entre el principio bajo análisis y el derecho a la igualdad ante la ley. Lo expresó como sigue:

*Es importante destacar que con la anterior interpretación resulta de contera protegido el derecho fundamental de igualdad de la personas ante la ley¹⁵, pues es claro **que todo aquél que se encuentre en la misma situación fáctica será acreedor a la misma consecuencia de derecho**, lo cual opera tanto para quienes cometieron el delito antes de entrar en vigor la Ley 906 de 2004 en cualquier lugar del país, como para aquellos que delinquieron o delincan en vigencia de la referida normatividad, bien se trate de conductas cometidas en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira donde además de encontrarse rigiendo la parte sustancial de aquél ordenamiento, también se ha dispuesto la implementación logística correspondiente, ora se trate de comportamientos acaecidos en los demás distritos donde la infraestructura del sistema acusatorio se implantará gradualmente,*

¹² Sentencia C-592 de 2005, luego citada en la C-537 de 2006

¹³ Providencias del 11 de agosto de 2004. Rad. 14868. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo; 12 de mayo de 2004. MM.PP. Drs. Alfredo Gómez Quintero y Edgar Lombana Trujillo; 19 de noviembre de 2003. Rad. 19848. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo y 28 de noviembre de 2002. Rad. 17358. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, entre otras. También, por ejemplo, en sentencia de la Corte Constitucional C-581 de 6 de junio de 2001. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

¹⁴ Auto del 4 de mayo de 2005 radicado 23567

¹⁵ Cfr. Adición de voto del Magistrado, doctor Alfredo Gómez Quintero al auto del 7 de abril de 2005. Rad. 23247.

según lo estableció el legislador en el artículo 530 del cuerpo normativo en comentario”¹⁶

Hasta aquí el prolegómeno necesario, en cuanto al principio de favorabilidad se refiere, para decidir la situación sometida a consideración del Tribunal.

5. Ahora sí, pasará la Sala a ocuparse del primer problema jurídico, anunciando desde ya que se tomará distancia de la posición asumida por el *a quo*. Estas las razones:

5.1 La ley 1826 de 2017, incluyó en C. de P.P. vigente, ley 906 de 2004, la figura del acusador privado y a efecto de establecer su campo de acción incorporó a este compendio normativo un nuevo libro, el VIII, denominado procedimiento especial abreviado y acusación privada.

En dicha regulación decidió el legislador restringir su aplicación a un catálogo de delitos enlistados en su artículo 10 que a su vez agregó al estatuto adjetivo un artículo 534 del siguiente tenor:

*“Artículo 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así:
Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:*

1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal.

2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C.P. Artículo 134A), Hostigamiento (C.P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C.P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233) hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240); hurto agravado (C.. artículo 241). numerales del 1 al 10; estafa (C.P. artículo 246); abuso de confianza

¹⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Auto del cuatro (4) de mayo de dos mil cinco (2005) Rad.23567.

(C.P. artículo 249); corrupción privada (C.P. artículo 250A); administración desleal (C.P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C.P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C.P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C.P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C.P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C.P. artículo 272); falsedad en documento privado (C.P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C.P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C.P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C.P. artículo 312). En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último. Parágrafo. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo”

Lo anterior significa que el procedimiento abreviado se aplicará única y exclusivamente para efectos del juzgamiento por los delitos incorporados en el listado acabado de transcribir.

La razón de la limitante acabada de mencionar se explica en la libertad de configuración de la ley que ostenta el congreso de la república, que para el caso concreto buscó la creación y regulación de un proceso más expedito respecto de conductas que en su opinión poseen una lesividad menor. Así se desprende de los antecedentes legislativos en los que se aprecia como exposición de motivos los siguientes argumentos:

Frente a esta realidad, este proyecto busca descongestionar el sistema judicial a partir de la consagración de un procedimiento especial abreviado para aquellas conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana. Estas últimas conductas pueden ser delitos o contravenciones penales, categoría que se incorpora ahora a la parte especial del Código penal colombiano, como desarrollo del artículo 19 de esa codificación; para ambas hipótesis, las contravenciones penales y algunos delitos que pese a generar un gran impacto en la sociedad suponen individualmente un grado reducido de afectación al bien

jurídico, se diseña un procedimiento abreviado que haga más ágil su juzgamiento.¹⁷ (subrayado fuera de texto)

La anterior pretensión del legislador se puso de presente a lo largo del trámite del proyecto de ley tal como se aprecia, tan solo por mencionar algunas de ellas, en el acta correspondiente al segundo debate en el senado donde se dijo lo siguiente:

El pasado 8 de septiembre se dio la discusión, votación y aprobación por unanimidad, del Proyecto de ley número 048 de 2015, en la Comisión Primera del Senado de la República, durante el desarrollo del debate se hizo claridad en torno a la importancia de la iniciativa, aclarando que este proyecto está encaminado a dotar de mayor agilidad los procedimientos que se consideran de menor entidad, no porque su impacto sea menor, sino porque reviste de mayor importancia para la víctima que para el mismo Estado.¹⁸(resaltado fuera de texto)

En la misma dirección, el Consejo de Política Criminal al estudiar el proyecto de ley 048 del Senado conceptuó:

En términos generales, luego del examen del texto del proyecto de ley, la iniciativa es pertinente como estrategia de política criminal. Desde hace varios años, el sistema penal colombiano requiere diferenciar su intervención atendiendo la lesividad de las conductas punibles que se le han asignado a través de legislación. De este modo, la creación tanto de un libro de contravenciones penales, como de un procedimiento con mayor grado de agilidad y celeridad para la administración de justicia en asuntos contravencionales se corresponden con la idea de una respuesta diferenciada del poder punitivo que hace parte del ámbito de las decisiones de política criminal del Estado, como lo ha mencionado la Corte Constitucional en algunas oportunidades.¹⁹

Queda entonces claro el ámbito de aplicación de la ley, de acuerdo con la voluntad expresa del legislador, con lo cual puede desde ya afirmarse sin lugar a dudas que ese ámbito de aplicación bien alejado se encuentra de conductas que revistan mayor gravedad de las allí enlistadas.

¹⁷ Exposición de motivos del proyecto de ley 048 del senado gaceta diario oficial 591 de 2015

¹⁸ Gaceta 775 de 2015 del senado.

¹⁹ Gaceta 843 de 2015

La anterior conclusión se ve ratificada con el tenor del párrafo de la norma trascrita, cuando dispone que dicho procedimiento se aplicará también a todos los casos de flagrancia pero sólo respecto de los delitos contenidos en la disposición.

5.2 De otro lado, la ley bajo examen, al ocuparse de la terminación anticipada de la actuación por vía de aceptación de cargos dispuso en su artículo 16, que creó el artículo 539 del C. de P.P., lo siguiente:

*“Artículo 16. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 539, así:
Artículo 539. **Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado.** Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada. La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena. En ese caso, la Fiscalía, el indiciado y su defensor suscribirán un acta en la que conste la manifestación de aceptación de responsabilidad de manera libre, voluntaria e informada, la cual deberá anexarse al escrito de acusación. Estos documentos serán presentados ante el juez de conocimiento para que verifique la validez de la aceptación de los cargos y siga el trámite del artículo 447.
El beneficio punitivo será de hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral.
Parágrafo. Las rebajas contempladas en este artículo también se aplicarán en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”.*

Al rastrear el origen del párrafo de esta disposición, se encontró la Sala con que este aparece incorporado a la norma solo hasta el segundo debate llevado a cabo en la cámara de representantes, oportunidad en que se dejó constancia que la norma sufrió el agregado representado en el texto *“salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”*²⁰, situación que permite inferir que el texto debía estar representado solo por la manifestación de hacer extensivos los descuentos por allanamiento a los casos de flagrancia, contenido que aparece lógico y sin discusión. El añadido acabado de precisar no encuentra explicación alguna en las actas del congreso, lo que impide auscultar una particular intención del legislador para su inclusión.

²⁰ Gaceta del Congreso 960 de 2016

Así las cosas, la norma establece la posibilidad de aceptar cargos y el monto de las rebajas punitivas de acuerdo con el momento procesal en que el pasivo de la acción decida acudir a esa forma de terminación anticipada de la actuación, lo anterior, sin que exista diferenciación entre casos de flagrancia y casos en que esa se halla ausente. Queda claro, eso sí, que la regulación de esta materia tiene como destino los procesos que se adelantan bajo la égida del trámite abreviado y, por contera, por los delitos enlistados en el artículo 10 de la ley 1826.

5.3 Finalmente, el artículo 44 de la pluricitada ley, al ocuparse de su vigencia dispuso:

ARTÍCULO 44. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

5.4 En contraposición con lo anterior, está el artículo 57 de la ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 301 de la ley 906 de 2004²¹, a efectos de precisar el concepto de flagrancia, en cuyo párrafo, en casos de flagrancia, limitó la rebaja

²¹ **ARTÍCULO 57. FLAGRANCIA.** El artículo [301](#) de la Ley 906 de 2004 quedará así: **Artículo 301.** *Flagrancia.* Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.
La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.
5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> **La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo [351](#) de la Ley 906 de 2004.**

por allanamiento a los cargos a una cuarta parte de los montos señalados en el artículo 351 del estatuto penal adjetivo, ello sin referencia o distinción alguna en punto de la naturaleza de los delitos.

5.5 El *a quo*, invocando el principio de favorabilidad, prefirió aplicar al caso bajo examen el artículo 16 de la Ley 1826, en particular su parágrafo, a efectos de asignar una rebaja en la pena superior a la referida en el artículo 301 del C. de P.P. bajo el argumento de que existe unidad de materia, que se trata de un tema regulado en ambos procedimientos y no se trata de situaciones especiales, ello, con fundamento en decisión de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, respecto de la cual no precisó su radicación.

Esta intelección, en opinión de la Sala es equivocada, tal como se anunciara al principio de estas consideraciones, porque si bien las normas se refieren al instituto de la aceptación de cargos y sus efectos frente a los montos de las penas a imponer, aspecto regulado en ambos procedimientos, lo que significaría la satisfacción de los dos primeros requisitos anunciados por el *a quo*, no menos cierto es que la norma aplicada por favorabilidad se expidió dentro de un marco o contexto cuya aplicación está restringida a un catálogo expreso y taxativo de conductas punibles, que constituye a su vez el contenido fáctico de su aplicación.

Lo anterior significa que la aplicación de la norma no puede hacerse extensiva a conductas distintas de las en ella previstas, so pena de desconocer esa identidad en los presupuestos fácticos que pregonan la jurisprudencia constitucional y ordinaria como requisito de aplicación de la favorabilidad. Además, y por contera, se dejaría de lado el principio de igualdad que también se erige en una de sus cualidades fundamentales.

Expresado de diferente manera, no puede establecerse la identidad referida entre el comportamiento que se juzga, porte ilegal de armas, con alguna de las hipótesis que regula la norma aplicada por el *a quo*, por la sencilla, pero a su vez potísima razón, de que ese comportamiento, el porte ilegal de armas, no está incluido en la enumeración taxativa de conductas respecto de las cuales es dable agotar un

procedimiento abreviado con las rebajas de pena que en ese ordenamiento de autorizan. Más claro, no habría un criterio de igualdad que hiciera plausible esa aplicación normativa.

Adicionalmente, el *a quo* no expone una razón que permita entender desuetos, desactualizados o inoperantes los fines de la norma contenida en el párrafo del artículo 301, respecto de delitos diferentes a los consagrados en el procedimiento abreviado, relativos a la necesidad de otorgar un trato diferenciado a quienes son capturados en flagrancia dado el menor valor de su aporte a la administración de justicia que va inmerso en su aceptación de cargos, justo la razón en que la Corte Constitucional soportó la declaratoria de exequibilidad condicionada del párrafo de ese artículo 301, oportunidad en que esa Corporación consideró:

9.3. Como se indicó, la redacción del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, hace referencia únicamente a que en caso de flagrancia, “sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”, norma que consagra las modalidades de aceptación de cargos y preacuerdos o negociaciones durante la audiencia de formulación de la imputación.

La iniciativa del legislador, como quedo visto, se encaminó a luchar contra la criminalidad y eliminar la impunidad y, en particular, tratándose de la norma demanda, evitar que la persona sorprendida en flagrancia que acepta cargos o preacuerda con la Fiscalía obtenga el mismo beneficio que aquella que no lo es, pero decide colaborar con la administración de justicia.

Tal medida, prima facie, no desconoce el principio de igualdad al establecer esa limitación de los beneficios para las personas sorprendidas en flagrancia, porque como se ha expresado profusamente, no es equiparable su colaboración para reducir el desgaste del Estado, frente a aquella persona que, voluntariamente adelanta la misma actuación, sin existir dicha flagrancia.

En consecuencia, según el legislador, acorde con la jurisprudencia reseñada, los beneficios punitivos no pueden ser equiparables entre el individuo sorprendido en flagrancia y aquel que no lo es, cuando hay allanamiento o aceptación de cargo y preacuerdos o negociaciones, toda vez que en el primer evento el eventual desgaste de la administración de justicia en principio resultaría siendo menor.

Igualmente, en principio, la norma objeto de censura atiende uno de los principios del derecho premial y la negociación propia de la Ley 906 de 2004, según la cual a mayor compromiso hacia la colaboración con la administración de justicia y la economía procesal, más significativa debe ser la respuesta premial que otorgue la legislación.²²

Para el Tribunal es claro que el legislador, al elaborar la lista de punibles que se someterían al proceso abreviado con acusador privado, tuvo en consideración la naturaleza y entidad de los delitos, así como el bien jurídico tutelado, optando por aplicar el novedoso trámite a aquellas conductas con las que se busca la protección de bienes jurídicos y derechos individuales, pero además disponibles por sus titulares, que en manera alguna pueden equipararse con los que procuran la protección de bienes colectivos y por ello indisponibles por las partes, respecto de los cuales, en su opinión, acertada por demás, deben continuar rigiendo los criterios de interpretación generales frente al tipo de institutos de terminación anticipada del proceso y las rebajas que de ellos se derivan, como el que se discute en el presente asunto. De allí que, se insiste, no pueda pregonarse un criterio de igualdad válido que admita el mismo tratamiento.

Expresado de manera diferente, respecto de los delitos diferentes a los contenidos en el listado del artículo 10 de la ley 1826 del presente año, permanece válido el criterio que justifica una rebaja menor en casos de aceptación de la responsabilidad cuando ha mediado la captura en flagrancia, en ocasiones atendiendo a su naturaleza y gravedad, en otras en atención al bien jurídico tutelado, que no resulta disponible por los particulares.

5.6 En sentido semejante ha discurrido el Tribunal Superior de Bogotá cuando admitió la aplicación favorable de la norma bajo examen en un caso de hurto calificado y agravado, pero dentro de sus consideraciones puede encontrarse las siguientes:

Pues bien, en criterio de esta Corporación, la aludida disposición que otorga una menor rebaja, ha perdido vigencia, en aplicación del principio de favorabilidad, cuando se trate de los delitos enlistados en el

²² Sentencia C-645-2012

nuevo artículo 534 del mismo estatuto procesal que adicionó la ley 1826 de 12 de enero de 2017, entre los cuales se encuentra tanto el hurto (artículo 239 C.P.) como el hurto calificado (Art. 240 C.P.) y el hurto agravado (Art. 241 numerales 1 al 10).²³(resaltado fuera de texto)

Más adelante, en esa misma decisión, la Corporación enfatizó:

Dado que esa disposición aplica para los casos en los que se debe aplicar el procedimiento abreviado, vigente desde el pasado 12 de julio, según lo estableció el artículo 44 de la referida Ley, y aquel está previsto para las conductas señaladas en el ya referido artículo 534 que se comentan a partir de la mencionada fecha, no cabe duda que el parágrafo del artículo 539, al eliminar las menores rebajas que se otorgaban para aquellas personas aprehendidas en flagrancia en esos delitos, resulta ostensiblemente más favorable. (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, si bien el Tribunal de la capital se ocupaba de un asunto en que se juzgaba un delito de los enlistados en la nueva ley, no menos cierto es que fue cuidadosa en precisar que su aplicación por vía de favorabilidad debe darse respecto de esos comportamientos y no de otros.

6. Las anteriores son razones suficientes para concluir que el *a quo* se equivocó al aplicar irreflexivamente el principio de favorabilidad en los términos en que lo hizo.

Adicionalmente, da cuenta del carácter irreflexivo, casi automático de su decisión, el que incurrió en otro error relacionado con el porcentaje de rebaja concedido.

En efecto, también desconoció el tenor del artículo 16 de la tantas veces invocada ley 1826, pues de admitirse en gracia de discusión que por favorabilidad esta ley resulta aplicable a delitos que no están expresamente señalados en su artículo 10, la rebaja de hasta la mitad de la pena procede cuando la aceptación de cargos se presenta antes de instalarse la audiencia concentrada que comprende las de acusación y preparatoria; por el contrario, en casos en que dicha aceptación tiene

²³ T.S. de Bogotá sentencia del 19 de septiembre de 2017 radicado 110016000023201408485-02

lugar en sede de la audiencia de formulación de acusación la rebaja sería de hasta una tercera parte, hipótesis a la que se adecua la situación de Bladimir Guarín Quintero.

7. Una decisión como la adoptada por la primera instancia demandaba un esfuerzo argumentativo serio, que abarcara todos los escenarios de discusión posibles, esfuerzo que no se aprecia en la decisión recurrida donde la bastó al juez enunciar la conclusión sin esgrimir las premisas en que la respaldaba.

8. Al margen de lo anterior, debe precisar el Tribunal que el artículo 44 de la ley 1826, relativo a su vigencia no enerva la aplicación favorable de sus disposiciones, por cuenta del mandato contenido en el artículo 29 Superior, siempre y cuando, por supuesto se satisfagan las exigencias para su aplicación tal como lo ha considerado en innumerables decisiones a Corte Constitucional.²⁴

9. Así las cosas, habiendo arribado a la conclusión del carácter errado de la decisión del *a quo*, corresponde ahora entrar a determinar el camino a seguir que se erigirá en respuesta o solución al segundo de los problemas jurídicos propuestos, esto es, si puede el Tribunal proferir la sentencia de reemplazo ajustando la pena a las exigencias de la norma aplicable al caso o si por el contrario debe invalidar la actuación bajo el entendido de que la aceptación de cargos estuvo determinada por un error insalvable que vició el consentimiento del acusado.

²⁴ Sentencia C-708-05 entre otras, en la que se dijo por la Corte: *De conformidad con lo anterior, la Corte entiende que el artículo 533 acusado no prohíbe la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, ni la excluye cuando se reúnan los presupuestos en cada caso concreto. De tal manera que la doctrina citada es igualmente pertinente respecto de dicho artículo, el cual, por lo tanto, no viola dicho principio constitucional.*

Con base en lo anterior, no encuentra la Corte que el cargo de inconstitucionalidad contra la expresión “el presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005”, contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, esté llamado a prosperar y así lo señalará en la parte resolutive

9.1 A fin de establecer esta última situación resulta necesario otear el contenido de la diligencia de formulación de acusación, escenario en que tuvo lugar la aceptación de responsabilidad.

En aquella oportunidad el defensor al hacer uso de la palabra expuso:

“tengo una solicitud que hacer en punto de que mi defendido ha aceptado allanarse a los cargos y teniendo conocimiento este defensor de los precedentes de este despacho en cuanto a inaplicar el artículo de la 1451 (sic) en tanto que se le puede dar una rebaja superior al 12.5%, es la salida más adecuada para este asunto. Los precedentes son los que se han proferido por este despacho en sentencias como la de Bladimir Rave Agudelo y otros su señoría se ha concedido una rebaja superior al 12.5 por ello quiere la palabra para allanarse a los cargos²⁵”(sic).

El anterior planteamiento de la defensa fue respondido por el *a quo*, en los siguientes términos:

“Antes de conceder la palabra el despacho deja de presente que efectivamente en sentencias anteriores ha inaplicado el parágrafo del artículo 57 de la ley 1457 de 2011, pero es una postura insular del despacho y está dispuesto a sostenerla de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Código General del Proceso que obliga a que los jueces que quieran apartarse de las decisiones de sus superiores o de sus mismas decisiones hagan una carga argumentativa mejor que la que hizo inicialmente. El juzgado ha estado consistente con esa postura, seguirá haciendo esa rebaja sólo que es una postura insular del juzgado que no existe ninguna garantía respecto de la segunda instancia porque es un tema discutible. Bajo esa perspectiva le daré trámite a la solicitud. Conocida esta posición el defensor insiste en asesorar a su asistido para aceptar los cargos?²⁶”.

En este sentido, la respuesta ofrecida por parte del acusado fue positiva, de ahí su aceptación de cargos.

9.2 Observada la actuación, debe concluir el tribunal que en efecto el acusado fue inducido en error que vició su voluntad. Estas las razones:

²⁵ Audiencia de formulación de acusación del 27 de abril de 2017. Minuto 00:04:16

²⁶ Audiencia de formulación de acusación del 27 de abril de 2017. Minuto 00:05:44

Es cierto que la defensa asesoró a su cliente sobre la conveniencia de aceptar los cargos, bajo el entendido que el despacho a que correspondió la actuación solía otorgar una rebaja mayor a la usualmente reconocida en aplicación de la ley, de allí el contenido de su intervención en el trámite previo al allanamiento.

También es claro que el *a quo* admitió como propio el criterio esgrimido por la defensa en el sentido de conceder beneficios superiores a los ordenados en el párrafo del artículo 301 del C. de P.P., aclarando, eso sí, la inexistencia de garantía alguna de que su criterio fuera apadrinado por el Tribunal, es decir, dejando latente la posibilidad de que el Tribunal modificara su decisión ajustando la pena a lo ordenado en el artículo 301 referido.

En los anteriores términos podría decirse que el acusado estuvo plenamente informado acerca de la eventualidad de que la sentencia fuera reformada en su perjuicio si la fiscalía no estaba de acuerdo con el monto de la rebaja, conocimiento que excluiría la posibilidad de pregonar la existencia de un vicio en el consentimiento.

Empero, no puede dejarse de lado que en el argumento de la defensa se advierte un error trascendente. En efecto, el defensor parte de la errada idea de que la rebaja procedente para su prohijado es de 12.5% de la pena, concepción o convicción a todas luces equivocada, pues por tratarse de una aceptación producida con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación, en sede de la audiencia de acusación, esta rebaja sería de 8.33%. En otros términos, el acusado no contempló esta última situación ni siquiera en el peor de los escenarios posibles y se desconoce si su voluntad estaría orientada a aceptar ese tipo de decisión.

En consecuencia y ante un evidente vicio del consentimiento que afectó la declaratoria de responsabilidad del Bladimir Guarín Quintero, al ofrecérsele beneficios en la pena a imponer que legalmente no pueden otorgarse, se accederá a la petición de nulidad del acto de allanamiento deprecada por la Fiscalía, para que sea el acusado, quien debidamente asesorado por su defensor, determine si

acepta su responsabilidad a través de la figura del allanamiento, pues la misma no debe estar supeditada a ofrecimientos de rebajas en la pena, por fuera del ordenamiento legal; si realiza un preacuerdo con la Fiscalía, o si por el contrario, es su decisión someterse a un juicio público oral y contradictorio.

Por lo expuesto, la Sala de decisión penal del H. Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **DECRETA LA NULIDAD** de la actuación a partir de la aceptación de cargos realizada por el señor **BLADIMIR GUARIN QUINTERO** en la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

Regrese la actuación al Juzgado de origen para que proceda de conformidad

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

MAGISTRADO

JOSE IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO

MAGISTRADO