

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 029- 2022

Rdo. 0500160002062022-00006–2da-instancia

PROCESADO: GUSTAVO ERNESTO RESTREPO OSPINA
DELITO: PORTE DE ARMAS DE FUEGO
ASUNTO: PREACUERDO
ORIGEN: JUZGADO 29 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN: REVOCA DECISIÓN
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 53)

(Sesión del 13 de mayo de 2022)

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022). Fecha lectura.

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **GUSTAVO ERNESTO RESTREPO OSPINA**, contra de la decisión del pasado 24 de febrero de 2022, mediante la cual el **JUZGADO 29 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** improbió el preacuerdo que aquél celebrara con la Fiscalía.

ANTECEDENTES

Hechos: Según la acusación, a las 08:59 horas del 1° de enero de 2022, agentes de la Policía Nacional que se encontraban en labores de patrullaje, vigilancia y control a la altura de la Calle 9 Sur con Carrera 61, barrio La Colinita - Guayabal de Medellín, observaron a un individuo a bordo de la motocicleta de color blanco, marca Honda y de placas AHX-070C, quien al notar la presencia de los uniformados adoptó una actitud sospechosa, mostrándose nervioso, motivo para abordarlo y hacerle un registro personal, siendo identificado como **GUSTAVO ERNESTO RESTREPO OSPINA**, hallando en la pretina de su pantalón UN (1) ARMA DE FUEGO TIPO REVOLVER CALIBRE 38, MARCA SCORPIONS, PAVONADO, CACHAS EN ACRILICO COLOR BLANCO CON CAFÉ, NÚMERO EXTERNO IM9900J, 12 (DOCE) CARTUCHOS

CALIBRE 38, artefacto que no contaba con documentación oficial que acreditara autorización para porte o tenencia, razón por la cual fue dejado a disposición de la FGN en la URI – Centro para su judicialización.

El arma de fuego incautada en el presente procedimiento de captura fue remitida al perito balístico forense para la prueba de mecánica y disparo, arrojando como resultado: encontrarse apta para producir el fenómeno de disparo.

ACTUACIÓN PROCESAL: Ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, el 2 de enero de 2022, se legalizó la captura de **GUSTAVO ERNESTO RESTREPO OSPINA**, así como la incautación de elementos con fines de comiso, luego se formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (Art. 365 C.P.), en su verbo rector portar. El imputado no aceptó los cargos y le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 24 de enero de 2022, convocándose la audiencia para su formulación el 24 de febrero siguiente, oportunidad en la cual varió el objeto de la diligencia y se presentó el acuerdo celebrado con el acusado, el cual se hizo consistir en que acepta y se declara penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (Art. 365 C.P.), en su verbo rector “portar”, a cambio, la Fiscalía le concederá degradar la forma de participación de AUTOR a CÓMPLICE, con una rebaja del 50 % de la pena, la cual quedaría en 54 meses de prisión.

En ejercicio del control de legalidad, la juez de conocimiento improbo el preacuerdo presentado, decisión contra la cual la defensa interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación.

DECISIÓN RECURRIDA

La Juez Veintinueve Penal del Circuito de la ciudad improbo el preacuerdo al considerar que no cumplía con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia. Argumenta que la Corte Suprema de Justicia en pacifica jurisprudencia, decisiones 58316 de 21 de octubre de 2020 y 59932 de 5 de mayo de 2021, prevé claramente que la etapa procesal del juicio se inicia con la radicación del escrito de acusación; en ese sentido, advierte que el Máximo Tribunal establece que la lectura que debe darse del artículo 352 del C.P.P. corresponde precisamente a interpretar que el límite procesal que allí se establece da un margen de beneficio de una tercera parte, el cual aplica desde el momento en que se radica el escrito de acusación.

Bajo esta perspectiva, considera que si bien es cierto la jurisprudencia penal ha sido clara al decir que la Fiscalía General de la Nación tiene que tener un margen de maniobrabilidad para poder generar estas salidas alternativas del proceso penal, ese margen no es absoluto, comprende una discrecionalidad reglada en virtud de la cual los delegados de la Fiscalía están en la obligación de acatar la jurisprudencia, así como el marco jurídico que determina los beneficios que se pueden dar.

Esa discrecionalidad reglada comprende la obligación de que se determine, para efectos de establecer el beneficio punitivo correspondiente, el momento procesal en que se genera la negociación. Así, en virtud de los principios de progresividad y proporcionalidad, no encuentra razonable que el señor RESTREPO OSPINA reciba en esta instancia procesal el mismo beneficio que hubiese generado si de manera temprana, en la misma imputación, se hubiera allanado a los cargos, o si antes de radicar el escrito de acusación hubiera generado con la Fiscalía un acercamiento que concluyera en acuerdo.

Concluye que reconocer una rebaja de 50 % del mínimo de la pena prevista para el delito que se le atribuyó al procesado, desconoce esos postulados o principios referidos, por ello no puede ser aprobada la negociación.

DE LOS RECURSOS

La defensa interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación a la improbación del preacuerdo, argumentando que la Corte ha dicho que ese tipo de decisiones de preacordar pueden ser motivo de aprobación por la judicatura cuando no se ha agotado aún el acto procesal complejo, lo que ocurrió en este caso, pues la audiencia de acusación se inició y fue transmutada a la presentación del preacuerdo.

Considera que, siguiendo esa línea jurisprudencial, la acusación comprende dos momentos, por lo cual para este caso no opera la limitante, porque sólo se estaría en el primero que es la presentación del escrito por el fiscal.

Adicionalmente, advierte sobre las dificultades que se presentaron para establecer comunicación con la Fiscalía y promover la negociación, lo cual impidió un acercamiento temprano a la administración de justicia en este procedimiento virtual, razón para que solo hasta ahora se lograra el preacuerdo.

NO RECURRENTE: el fiscal delegado adujo estar de acuerdo con las razones expuestas por la defensa, aduciendo que fue cierta la dificultad presentada con los usuarios por el trabajo en alternancia en los despachos, lo cual retrasó en este caso el preacuerdo. Señaló que cuando va a hacer una solicitud de preacuerdo previo al escrito de acusación, para hacerse la radicación ante el Centro de Servicios conlleva un espacio de tiempo mucho más prolongado para su programación.

Frente a los argumentos expuestos por la juez, señala que daría un menor beneficio y sería más perjudicial para el procesado el resultado del preacuerdo con las penas a las cuales se tendría que someter en caso de que se modifique el preacuerdo, entonces la justicia premial no va a ser tan beneficiosa para éste, ya que con esos parámetros no obtendría un mayor beneficio.

DECISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN: la juez de primera instancia aduce que, dentro de la jurisprudencia constitucional y penal, la estructura del debido proceso ha permitido decantar que el acto de la acusación, además de ser un acto de parte, es un acto complejo y está comprendido por dos momentos: uno es el escrito de acusación y su radicación, mientras el siguiente es la verbalización en la audiencia de acusación, lo cual no es el objeto de discusión.

Advierte que luego de hacer una revisión de la línea jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia concluyó que la intelección dada a la expresión “presentado el escrito de acusación” a que alude el artículo 352 del C.P.P. se refiere a la radicación del escrito de acusación y para sustentar esa conclusión, la Corte cita sus propios precedentes, sus propias decisiones, las cuales están plasmadas en la sentencia 36502 del 5 de septiembre de 2011, 38903 del 1º de octubre del 2012, 6842 del 8 de agosto de 2013 y 43556 del 27 de abril de 2016, entre otros, haciendo énfasis en la decisión 39092 del 17 de octubre de 2012, donde claramente plantea que la rebaja del 50% no es compatible con el momento procesal que se genera a partir de la radicación del escrito de acusación, lo cual afianza la interpretación del artículo 352 C.P.P.

Por lo anterior, se aparta de los presupuestos argumentativos que señalan que no hay cimentada una postura jurídica consolidada por parte de la Corte Suprema de Justicia y consecuentemente vinculante para la judicatura sobre la interpretación del artículo 352 procesal y determinar cuál es el momento que comprende el inicio del juicio oral.

Con esta perspectiva no modifica su posición, pues no es posible darle al imputado un beneficio punitivo de la misma magnitud del que se le ofrece a quien pudo haber dado por terminado el proceso de manera más pronta, o bien en la imputación con un allanamiento temprano o antes de radicarse el escrito de acusación.

No comparte las apreciaciones de la Fiscalía frente a las dificultades institucionales

para dar celeridad al trámite de preacuerdo antes del escrito de acusación, pues finalmente, en su criterio, no resulta proporcional otorgar una rebaja idéntica a aquella que se produce en la audiencia de formulación de imputación, a la que se debe generar cuando ya ha sido radicado el escrito de acusación. Adicionalmente, refiere entre los aspectos que deben considerarse para medir la magnitud del beneficio, pues también puede operar la situación de flagrancia en una captura donde la colaboración del imputado es menor a la que genera quien renuncia a su derecho de presunción de inocencia, compensando la dificultad que el Estado pueda tener para desvirtuarla en un proceso penal. Así, cuando el Estado cuenta con mayores herramientas para desvirtuarla, la proporcionalidad de la colaboración del acusado o imputado puede resultar menor y ello debe reflejarse también en la proporcionalidad del beneficio que se le debe reconocer. Razón por la que mantiene su decisión, concediendo el recurso de apelación ante el superior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de las decisiones adoptadas de conformidad con el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, por lo cual se analizará la facultad del juez para aprobar o no un preacuerdo, por razón del contenido y legalidad del mismo, según la etapa en la que se presente.

El problema jurídico que ha de resolver la Sala se circunscribe a verificar si el preacuerdo suscrito entre las partes resulta respetuoso del principio de legalidad y proporcionalidad.

Sobre el instituto jurídico bajo estudio puede decirse que hace parte de la justicia premial y como tal es un mecanismo alternativo de terminación anticipada del proceso penal, el cual se encuentra estrechamente ligado en sus orígenes a las figuras de las negociaciones para la declaración de culpabilidad de los procesados.

Ahora bien, como la misma Corte Suprema de Justicia lo advierte en la decisión SP 1289-2021 (54691), *“Los criterios jurisprudenciales de la Sala en materia de preacuerdos no son unánimes, aun con posterioridad al fallo **SU 419 de 2018**, rige hasta ahora una línea con criterio mayoritario, que se registra en la decisión de la CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596, según la cual el Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico”*.

En tratándose de preacuerdos y negociaciones, el precedente constitucional establecido en la sentencia SU-479 de 2019 tenía como principal preocupación que al efectuarse la negociación se cambia el núcleo fáctico del delito, lo cual *“no sucede si, como en este caso, se ha de condenar por el hecho (factum) realmente cometido y por la denominación jurídica negociada, la cual se acoge apenas para fijar los extremos punitivos”*¹, situación que conlleva una serie de consecuencias que no fueron analizadas por la Corte Constitucional, por ejemplo, que para efectos de la imposición de penas accesorias, la concesión de subrogados y beneficios, entre otros, ha de tenerse en cuenta el delito imputado y no el negociado, lo cual daría un giro significativo a la interpretación realizada por el órgano de cierre constitucional.

En efecto, son conceptos diferentes el delito imputado y el delito negociado, pues la responsabilidad penal se establece es por el delito que realmente se cometió. Ciertamente el preacuerdo no produce cambios en la naturaleza del delito por el cual se acusó, pues sus efectos son solo de índole punitivo², obrar en contrario vulneraría el principio de legalidad, atendiendo a que conforme al poder sancionatorio del Estado *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”* y no por el delito negociado.

¹ Ibidem

² Artículo 353 C.P.P.

Es acertado afirmar que el preacuerdo debe ser cuidadoso con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por lo cual el juez de conocimiento en materia de allanamientos, preacuerdos y negociaciones, debe verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos y que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante cuando no vulneran garantías fundamentales, porque en caso de advertir algún menoscabo debe rechazar la manifestación de culpabilidad del imputado³.

De otro lado, según el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal y, por lo tanto, bien puede celebrar los preacuerdos que considere ajustados a la ley, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes.

Por medio de esa figura se le concede a la Fiscalía una discrecionalidad reglada para negociar con el imputado o acusado la declaratoria de responsabilidad penal, en la que aquél renuncia a varias garantías fundamentales dentro del proceso penal, entre otras, a tener un juicio público, concentrado y con inmediación de la prueba, así como a la presunción de inocencia, con miras a recibir un tratamiento punitivo más benigno.

En esta oportunidad es menester analizar lo atinente al control de legalidad de los preacuerdos por parte de la judicatura. Como se señaló, la Fiscalía tiene una discrecionalidad reglada para adelantar preacuerdos o negociaciones, mecanismos que a no dudarlo generan economía procesal y, consecuentemente, un menor desgaste para una administración de justicia agobiada por la congestión de los despachos judiciales y la creciente demanda del servicio de justicia, claro está, siempre y cuando su actuación se sujete a la Constitución y a la ley, mientras que el juez de conocimiento tiene a su vez que velar porque esa aceptación de cargos

³ Sentencia C – 1260 de 2005, Corte Constitucional.

responda a una decisión libre, consciente, ilustrada y espontánea por parte del imputado o procesado, quien debe actuar libre de todo apremio o coacción.

Huelga señalar que, conforme al panorama expuesto, la intervención del juez de conocimiento en punto de la legalidad de los preacuerdos y negociaciones se encuentra inescindiblemente ligada a caros principios de orden constitucional, así como a las normas rectoras de la Ley 906 de 2004, con el objeto de velar por el cumplimiento de unos mínimos de legalidad y precaver la vulneración de los derechos del propio imputado o acusado, así como de las víctimas y de la sociedad en general; amén de preacuerdos irresponsables que se convierten en un deplorable espectáculo o festín de beneficios, desacreditando así la administración de justicia.

Así las cosas, para que el acuerdo o negociación se considere legalmente válido, además de un mínimo suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo del imputado o acusado, dada la naturaleza del instituto jurídico bajo análisis, es menester que medie el necesario consenso de voluntades entre la Fiscalía y el imputado o acusado, además de cumplirse en el caso concreto con los fines que esa figura jurídica demanda, esto es 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 (artículo 348 del C.P.).

Para el asunto que nos ocupa se precisa que el escrito de acusación se presentó conforme a la imputación y antes de dársele trámite a la audiencia de acusación, allegándose por las partes un preacuerdo donde se reconoce la degradación de la participación de autor a cómplice (artículo 30 *ibidem*), pactando así una rebaja del 50% de la pena partiendo de la pena mínima por no contar con antecedentes penales, la cual quedaría en 54 meses de prisión. Negociación que la juez de primera instancia improbió al considerar que este acuerdo vulnera el principio de proporcionalidad, pues al hacer el ejercicio de calcular los parámetros aplicables si

se tratara de una aceptación unilateral de cargos en la etapa procesal correspondiente, encuentra que la rebaja es superior, lo cual en su sentir va en contravía de la jurisprudencia y los principios y fines la negociación.

Frente a los argumentos expuestos, considera la Sala que, de acuerdo con los planteamientos de la juez, jamás podría realizarse un acuerdo con la degradación de autor a cómplice en situaciones de flagrancia, pues siempre excedería los límites del párrafo del artículo 301, de igual manera ocurriría con la eliminación de agravantes, el cambio de delito o de la forma de participación, pues siempre rebasarán los límites que trae la norma.

La Sala considera que de acuerdo al contenido del artículo 350 numeral 2º del C.P.P., en el presente caso, la negociación versó sobre la tipificación de la conducta con miras a disminuir la pena, la cual fue pactada en 54 meses de prisión, como consecuencia de la degradación de la forma de participación de autor a cómplice respecto del delito imputado de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, situación que altera los extremos punitivos de 9 y 12 años, los cuales con la rebaja correspondiente quedarían entre 54 meses y 10 años de prisión, lo cual evidencia que la pena pactada se ajusta a la rebaja propia de la figura de la complicidad, cual fuera el único beneficio otorgado en virtud del acuerdo, lo cual cumple con las reglas aplicables para la aceptación de preacuerdos que señalan la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 2073 de 2020:

"Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes

deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.

Tercero. *En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios. (...)*

Sexto. *El rol del juez frente a los acuerdos : (i) es diferente al que desempeña frente a la imputación y la acusación en el trámite ordinario, donde está proscrito el control material; (ii) lo anterior, sin perjuicio de que en dicho trámite –ordinario-, al emitir la sentencia el juez puede referirse ampliamente a los cargos de la acusación, bien en lo que atañe a su demostración y a la respectiva calificación jurídica; (iii) en el ámbito de los acuerdos, las partes le solicitan al juez una condena anticipada, sometida a reglas distintas, tal y como se ha explicado a lo largo de este proveído; (iv) pero, en todo caso, se trata de una sentencia, que constituye la principal expresión del ejercicio jurisdiccional; y (v) así, el juez debe verificar los presupuestos legales para la emisión de la condena, que abarcan desde el estándar previsto en el inciso último del artículo 327, hasta los límites consagrados en el ordenamiento jurídico para esta forma de solución del conflicto derivado del delito.”*

Conforme a la regla actual de la jurisprudencia constitucional, así como de la Corte Suprema de Justicia, es obligación del funcionario, como juez constitucional, hacer un control material del acuerdo que se pone a su consideración, mucho más en aspectos que comprometen o ponen el riesgo la vulneración de derechos fundamentales como la libertad.

Así entonces, la Sala considera que los términos del preacuerdo cumplen con el principio de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, la rebaja que se puede otorgar en razón del preacuerdo no se muestra desproporcionada, máxime cuando tampoco muestra un beneficio desmedido que conlleve el desprestigio de la administración de justicia; en consecuencia, revocará la decisión de la juez de conocimiento y, en su lugar, aprobará el preacuerdo presentado.

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por mandato constitucional y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, **RESUELVE: REVOCAR** la decisión adoptada por la Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, durante la audiencia de verificación de preacuerdo llevada a cabo el día 24 de febrero de 2022, en la que no aprobó el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado **GUSTAVO ERNESTO RESTREPO OSPINA**; en su lugar, se APRUEBA EL PREACUERDO celebrado entre estos. Se ordena a la señora juez que proceda a realizar audiencia de individualización de la pena y dictar la sentencia que en derecho corresponda, con base en el preacuerdo celebrado. Así fue discutida y aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado