

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Adolfo Cardona Ramírez

Delito: Hurto calificado

Radicado: 05001 60 00206 2019 28947

(0172-22)



**DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**  
**SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, lunes, veinticinco de julio de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0084 del trece de julio de dos mil veintidós

**Magistrado Ponente**

**Ricardo De La Pava Marulanda**

Al no haber sido aprobado el proyecto presentado por el Honorable Magistrado LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO, corresponde a este Despacho elaborar el que recoge el pensamiento de la mayoría. Se trata de la apelación interpuesta y sustentada por la señora defensora contra el fallo proferido el 23 de septiembre de 2021 por la Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal de Medellín, mediante el cual condenó en calidad de autor del delito de hurto al señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ, fijándole una pena de ocho (8) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.

## **1. ANTECEDENTES**

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

*"El dieciséis -16- de diciembre de dos mil diecinueve -2019-, a eso de las 02:30 horas aproximadamente, en la carrera 94 B con Calle 64 EE – 08, Barrio Robledo de la ciudad de Medellín; ADOLFO CARDONA RAMIREZ ingresa arbitrariamente por la parte del balcón, al inmueble donde convivía con su ex compañera Sor Ángela Marín Pamplona y de una de las habitaciones se apoderó de un frasco de vidrio con la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) de propiedad de la mencionada; y fue capturado cerca de su residencia por agentes de la policía nacional que se encontraban realizando labores de patrullaje y control por el sector cuando fueron informados por la central de radio 1-2-3 del ilícito."*

En diligencias preliminares realizadas el 17 de diciembre de 2019 ante el Juez Cuarenta Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscal 35 Local le dio traslado al señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ del escrito de acusación, bajo los parámetros de la Ley 1826 de 2017, en el que se le endilgó la comisión de la conducta punible de HURTO CALIFICADO, cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma diligencia la Fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento preventiva, por lo que el implicado fue dejado en libertad.

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Adolfo Cardona Ramírez

Delito: Hurto calificado

Radicado: 05001 60 00206 2019 28947

(0172-22)

La audiencia concentrada se instaló el 27 de febrero de 2020 en el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, diligencia que fue suspendida por solicitud de la defensa a fin de intentar celebrar un acuerdo con la Fiscalía. El 13 de agosto de 2021 se instaló nuevamente la audiencia y en esa oportunidad el delegado Fiscal informó que había llegado a un preacuerdo con el imputado consistente en que el señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ acepta la comisión de la conducta punible endilgada y en contraprestación la Fiscalía elimina la causal calificante del artículo 240 del código penal en su inciso primero, numeral tercero, por lo que la pena correspondería a la del hurto simple. Además, aclaró que el procesado indemnizó a la víctima por la suma de \$1.250.000 y que el objeto del injusto penal fue recuperado en el momento de la captura.

El 09 de septiembre siguiente la Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal de esta ciudad antes de proceder con la verificación del preacuerdo manifestó que, en su criterio, y teniendo en cuenta los términos en los que se presentó el preacuerdo, en este evento no procedía la concesión de ningún subrogado penal, y luego de hacer la anterior observación avaló la negociación luego de confirmar que el procesado entendió perfectamente las consecuencias del convenio y que obró de manera libre, consciente, voluntaria y plenamente asesorado por su defensora. Acto seguido, se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia y el 23 de septiembre último se corrió el traslado de la sentencia que es motivo de apelación.

## **2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

En punto de la controversia, la sentenciadora de primera instancia indicó que atendiendo el tiempo transcurrido entre los hechos y el día en que se dio la indemnización, la rebaja por ese concepto sería del 50%.

Por otra parte, le negó al señor CARDONA RAMÍREZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria señalando que el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000 estableció la exclusión de cualquier subrogado penal para quienes fueran condenados, entro otros, por el delito de hurto calificado.

Al respecto, adujo que si bien es cierto en el preacuerdo realizado entre la Fiscalía y el acusado se eliminó la circunstancia calificante como ficción jurídica, es claro que ello solo tiene efectos en la punibilidad, es decir, para establecer la pena que finalmente habrá de purgarse pero de ninguna manera frente al análisis de la probable concesión de subrogados penales, ello de conformidad con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en su más recientes decisiones -radicado 114.112 del 15 de diciembre de 2020-.

## **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

**La señora defensora**, en un lacónico escrito, anotó que su poderdante reintegró lo apropiado y resarció los

perjuicios ocasionados con el injusto penal, además de que carece de antecedentes penales, razones suficientes para que sea acreedor de las rebajas de pena consagradas en los artículos 268 y 269 del código penal, pero que, sin embargo, la juzgadora de primera instancia solo le otorgó el descuento del 50% aduciendo una demora en la indemnización integral a la víctima.

Y con relación a la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, indicó que el señor CARDONA RAMÍREZ aceptó el cargo de hurto simple y en materia de preacuerdos, cuando se hace una modificación a la calificación jurídica, ese nuevo resultado producto de la negociación se convierte en la acusación y en el eje central del principio de congruencia.

De conformidad con lo anterior, deprecó la recurrente que se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se le otorguen los beneficios de la justicia premial al procesado.

#### **4. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el fallo condenatorio proferido en este proceso por la Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal de Medellín en punto del monto de la rebaja reconocida al señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ por la indemnización integral contenida en el artículo 269

del código penal y la negativa de concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena

Sin embargo, atendiendo a las fuertes falencias técnicas que tiene la sustentación del disenso, esta Colegiatura no analizará de fondo lo referente al porcentaje del descuento punitivo otorgado por la primera instancia en virtud de la reparación de perjuicios. Y es que en este caso y frente a este tópico tenemos que la Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal del Medellín le concedió al señor CARDONA RAMÍREZ una rebaja equivalente al 50% de la pena haciendo alusión al tiempo transcurrido entre la comisión de la conducta y la fecha en la cual se materializó el aludido resarcimiento, sin que la recurrente haya refutado ese argumento expuesto por la sentenciadora como fundamento de su decisión, lo que se aleja totalmente de la técnica de contradicción en materia de sustentación del recurso de apelación.

Se observa que la defensora se limitó a exponer de manera genérica que como se había recuperado lo apropiado, se cancelaron los perjuicios ocasionados y el condenado carece de antecedentes penales, entonces era *"acreedor a las rebajas de los artículos 268 y 269 del C.P.P."*, pese a que dichos descuentos punitivos están consagrados es en el catálogo sustantivo penal, pero no explicó, ni someramente, por qué la justificación de la tardanza en la reparación devenía impertinente en el sub judice, lo que quiere decir que no concretó puntualmente aspectos de la controversia que le permitan a la Sala la confrontación de la tesis del juzgado con la antítesis de la impugnación.

Concluimos, entonces, que el disenso no presenta el más mínimo enunciado contradictorio respecto de su contenido en lo que puede ser materia de apelación en este punto específico del porcentaje de la rebaja de pena regulada en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 y, por tanto, al no haber sido atacada la decisión de primer nivel en su esencia respecto a este tema motivo de impugnación, mal puede estimarse satisfecha la exigencia de la ley para darlo por debidamente sustentado.

Ni un solo razonamiento de valía expone la recurrente respecto del raciocinio plasmado por la a quo para fijar el descuento punitivo en el 50% -el tiempo transcurrido entre la comisión de la conducta delictiva y la fecha de la indemnización-, lo que desatiende la técnica de la controversia en esta materia. La jurisprudencia ha sido clara en señalar que la sustentación debe contener unas mínimas exigencias argumentativas que aquí no se advierten. Y es que es carga procesal del apelante confrontar la decisión recurrida con las razones que motivan la inconformidad para, con base en ello y precisando los temas que no comparte, deprecar la revocatoria, adición o modificación de la providencia apelada de modo que la segunda instancia tenga claridad suficiente sobre cuál es el punto objeto de la controversia.

El deber de sustentación consiste en dar o explicar las razones o motivos concretos que se ha tenido para interponer la alzada, es decir, para expresar la idea con criterio tautológico, manifestando la pertinente crítica jurídica a la providencia que se ataca a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho o la jurisprudencia.

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Adolfo Cardona Ramírez

Delito: Hurto calificado

Radicado: 05001 60 00206 2019 28947

(0172-22)

La Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos ha sostenido que la sustentación debe contener por lo menos algún enunciado que lleve a pensar que si el asunto se hubiese estudiado desde el punto de vista del recurrente la decisión final hubiera sido diferente, pero, reiteramos, en el caso concreto y sobre la rebaja de pena por concepto de reparación la censora nada contradice, solo repite que su prohijado en efecto indemnizó y que no tiene antecedente penales, sin controvertir específicamente el razonamiento jurídico plasmado en la decisión impugnada.

En conclusión, se rechazará por indebida sustentación el recurso de apelación interpuesto por la defensora con relación al monto de la rebaja por indemnización pues, aunque se aplicara el principio de caridad en relación con el contenido del escrito, la Sala no tendría elementos puntuales y suficientes que delimitaran el problema jurídico a resolver en una decisión de segunda instancia.

Por otra parte, y sobre la negativa de la a quo de concederle al señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se estima que el escrito contiene un mínimo argumentativo para resolver de fondo el problema jurídico planteado.

Pues bien, al respecto se tiene que el disenso planteado por la señora defensora está basado en que a su prohijado se le fijó la pena prevista para del delito de hurto simple, punible bajo el cual deviene procedente la concesión de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena, tal y como se ha sostenido por la Corte Suprema de Justicia en los radicados Nos. 43356, 45181, 45736 y 46101, todos del año 2016, razón por la cual resulta errado el análisis realizado por la falladora al analizar la procedencia del sustituto aludido con base en un delito distinto al que fue negociado y aceptado por el señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ.

Al respecto, tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha fijado una sólida línea en punto de definir que cuando la modificación de la conducta punible (referida a la aplicación de normas no concordantes con el caso específico) se presenta con la única intención de otorgar una rebaja punitiva como contraprestación por la negociación, de ninguna manera se puede entender que la situación fáctica y jurídica inicialmente atribuida se haya variado, y por tanto es sobre esa imputación original que se siguen rigiendo las demás repercusiones procesales y legales.

Y es que frente a lo inmediatamente aludido tenemos que recientemente, en la sentencia SP2073-2020, con radicación N° 52227 del 24 de junio de 2020, la Alta Corporación se expresó en los siguientes términos:

***"6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo***

*En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el*

*fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.*

*Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.*

*Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.*

*Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.*

*En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales*

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Adolfo Cardona Ramírez

Delito: Hurto calificado

Radicado: 05001 60 00206 2019 28947

(0172-22)

*que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”(Subrayas fuera del texto original).*

Pues bien, frente a la tesis expuesta por la recurrente respecto a que la eliminación de la calificante contenida en el numeral tercero del artículo 240 del código penal constituye la nueva imputación jurídica objeto de acusación, esta Corporación pasará a revisar los términos fijados en el preacuerdo en aras de determinar si bajo ese entendido la judicatura de primera instancia erró en la solución jurídica que le dio al caso objeto de estudio. Entonces, en la audiencia de verificación de preacuerdo, diligencia en la que estuvo presente la señora defensora, la juzgadora de primera instancia le resumió así los términos del convenio al procesado:

*"El hurto está calificado porque según las evidencias con las que cuenta la Fiscalía, usted ingresó de manera arbitraria al inmueble donde residía la señora Sor Ángela, entonces, qué pasó con el preacuerdo señor Adolfo, la Fiscalía suprimió esa circunstancia, digamos que dejó de lado que usted ingresó de manera arbitraria a la residencia de la víctima en este caso, y simplemente la condena se emitirá por un hurto, por haberse*

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Adolfo Cardona Ramírez

Delito: Hurto calificado

Radicado: 05001 60 00206 2019 28947

(0172-22)

*apropiado de unos bienes que no eran suyos, ese es el beneficio, entonces la pena se reduce ostensiblemente, pero estamos hablando que los preacuerdos con una ficción, una ficción en la medida que se le está otorgando un beneficio bajo un supuesto que está olvidando un aspecto relevante y es ese ingreso arbitrario a la residencia. Entonces, se tiene en cuenta para la reducción de la pena porque no es lo mismo un hurto simple que un hurto calificado, no es lo mismo apropiarse de un elemento que está en la calle, expuesto al público, que ingresar de manera arbitraria a una residencia, entonces el Fiscal en este momento está dejando a un lado esa segunda circunstancia que le advertí, y simplemente va a salir una sentencia condenatoria por hurto simple porque estamos dejando de lado, insisto, esta circunstancia, usted se apoderó digámoslo de un bien, simple y llanamente, pero es una ficción, y en razón de ello es que advierte esta funcionaria que no procederá subrogado penal, es decir, usted no puede estar en prisión domiciliaria y no puede seguir disfrutando de la libertad porque es una ficción simplemente para efectos de punibilidad...”.<sup>1</sup>*

De acuerdo con lo anterior, de manera clara se extrae que la degradación de la calificación jurídica al delito de hurto simple en este evento se dio con el propósito exclusivo de concederle al señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ un pena inferior a la que originalmente sería acreedor, ello por su aceptación de cargos a través del preacuerdo, razón por la cual para las demás consecuencias jurídicas, incluido el análisis de la concesión de subrogados o beneficios penales, deben seguirse las normas aplicables a la hipótesis factual atribuida, esto es, hurto calificado, conclusión que se encuentra soportada en el desarrollo jurisprudencial aducido al inicio del abordaje de este problema jurídico.

---

<sup>1</sup> Audiencia celebrada el 09 de septiembre de 2021, registro “034Video09092021.mp4”, minuto 09:54 a 11:51.

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Adolfo Cardona Ramírez

Delito: Hurto calificado

Radicado: 05001 60 00206 2019 28947

(0172-22)

En este sentido, debe decirse que no le asiste razón a la censora cuando afirma que al haberse eliminado la causal calificante de la imputación jurídica la consecuencia natural debe ser la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a favor del acusado por cuanto la conducta delictiva de hurto simple no se encuentra enlistada en el artículo 68A ibídem, pues, se reitera, el delegado de la Fiscalía expresó de manera directa y concreta que la forma seleccionada para la celebración del preacuerdo con el señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ se constituye en un instrumento o mecanismo para disminuir la pena a imponerle -información que también fue ampliamente reiterada por la a quo-, lo que se traduce en que efectivamente se negoció el reconocimiento de la conducta punible de hurto simple, pero única y exclusivamente para que se aplicara la pena con base en los parámetros fijados en el inciso segundo del artículo 239 del código penal, mas no como una modificación de la premisa fáctica de la imputación.

Entonces, como quedó claro con la jurisprudencia transcrita en precedencia, y de acuerdo con los términos en que se llevó a cabo el preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado, en este evento no se satisface el numeral 2º del artículo 63 del código penal, pues el delito por el cual fue condenado de manera consensuada y anticipada el señor ADOLFO CARDONA RAMÍREZ, esto es, HURTO CALIFICADO, se encuentra enlistado en el artículo 68A ibídem, lo que obliga a la judicatura a negar cualquier subrogado penal, incluyendo obviamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Adolfo Cardona Ramírez

Delito: Hurto calificado

Radicado: 05001 60 00206 2019 28947

(0172-22)

Con base en todo lo anterior, esta Corporación, en su mayoría, ratificará la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, por mayoría, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín.

**SEGUNDO: RECHAZAR** por indebida sustentación el recurso de apelación interpuesto por la señora defensora respecto al monto de la rebaja reconocida al condenado por concepto de indemnización de perjuicios y que está regulada en el artículo 269 del código penal.

**TERCERO:** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 del código de procedimiento penal, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010. Y contra el numeral segundo de este proveído procede el recurso de reposición, de conformidad con el artículo 176 de la Ley 906 de 2004.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



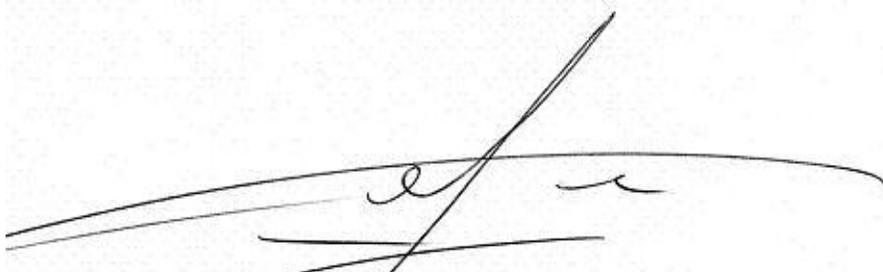
**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado



**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado



**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

Magistrado

Salvamento parcial de voto

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN PENAL

**Radicado:** 050016000206201928947  
**Procesado:** Adolfo Cardona Ramírez  
**Delito:** Hurto Calificado  
**M. Ponentes:** Ricardo De La Pava Marulanda  
Rafael María Delgado Ortiz

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

En este caso, con el mayor respeto, debo manifestar mi inconformidad con la decisión de la Sala Mayoritaria, haciendo uso de los argumentos que se plantearon en la ponencia derrotada, en lo que incumbe:

#### **7.2.1. ¿Se debe tener en cuenta la calificación jurídica derivada del preacuerdo para el estudio de beneficios y subrogados?**

Para abordar el asunto, lo primero que debe destacarse es que desde los albores de la implementación del sistema penal con tendencia acusatoria en el territorio nacional, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pacífica y categóricamente había establecido que el preacuerdo hace las veces de acusación

y por tanto era el marco fáctico jurídico delimitante de la sentencia en todos los aspectos porque lo contrario afectaría no solo a la justicia premial sino al principio de congruencia, que es uno de los pilares de cualquier sistema acusatorio.

Esa regla quedó taxativamente señalada en el canon 350 de la Ley 906 de 2004 lo que permitía colegir que ese preacuerdo suscrito por las partes, constituía el marco factico y jurídico de la actuación, a partir del momento de su presentación; así también lo había entendido

En su momento, al interpretar la Corte Suprema de Justicia el artículo 350 de la Ley 906 de 2004 señaló<sup>1</sup>:

El acuerdo celebrado entre la Fiscalía y los sentenciados, al tenor del artículo 350 inciso primero del Código de Procedimiento Penal, equivale al escrito de acusación, por manera que el juez de conocimiento, tal como sucede con la acusación radicada en el trámite ordinario, no puede dictar sentencia bajo una calificación jurídica distinta a la fijada por la Fiscalía y admitida por el acusado, salvo que se afecten garantías fundamentales, pues la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, orientada a garantizar la imparcialidad judicial, impide que se efectúe un control material sobre la acusación en tanto el legislador no previó esa posibilidad.

Sin embargo, desde el año 2019, por medio de la SU-479 de 2019, la Corte Constitucional replanteó toda la institución jurídica de los preacuerdos que hasta ese momento había sido delineada por

---

<sup>1</sup> CSJ AP219-2020, RAD. 56097 del 22 de enero de 2020.

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.

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 para 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>2</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.

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 comentario 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.

---

<sup>2</sup> Página 58, radicado 52227 del 24 de junio de 2020 CSJ

Como ya se pudo analizar, la Corte explica que en la práctica judicial se vienen dando 3 modalidades de preacuerdos<sup>3</sup>, dos de los cuales (el primero y el tercero) los limita a que el beneficio otorgado tenga base probatoria y solo uno de ellos, el segundo, sin ese requisito.

Frente a la primera y tercera hipótesis, no es del caso pronunciarse en esta ocasión; pero si frente a la segunda pues ella tiene que ver con la solución del asunto *sub examine*, esto es, 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 y bajo el entendido que el preacuerdo solo sería para efectos punitivos, por lo cual el análisis de beneficios y subrogados se haría teniendo como referente la imputación o acusación original.

---

3

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 para 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>3</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.

Si se parte de que basamentos de un modelo de justicia con tendencia acusatoria son el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la 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 nueva posición 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 nuevos 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>4</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 todas las anteriores razones, el suscrito considera que debe apartarse en gran parte de la última posición de la Sala de Casación penal, habida cuenta que por principio de legalidad, los preacuerdos son desde su presentación, el marco factico y jurídico de la actuación lo que hace que el Juez de la causa, deba ceñirse de forma estricta a este, incluso para verificar la concesión de beneficios y subrogados.

**Caso concreto:**

---

<sup>4</sup> Rads. 46.684, 46.101, 43.356, 45736 todas del año 2016 y 44906 de 2014

En el presente evento la Fiscalía acusó al señor **Adolfo Cardona Ramírez** del delito de hurto calificado contemplado en los artículos 239 y 240 del C.P., por los hechos acaecidos el 16 de diciembre de 2019.

Al iniciarse la audiencia concentrada, se acordó por las partes eliminar la calificante por la que fue acusado el señor **Cardona Ramírez**, aceptando el cargo de hurto simple; dicho acuerdo lo aprobó la juez, y procedió a dictar la sentencia condenatoria con base en los términos de la negociación realizada por las partes; empero, al momento de determinar la concesión de beneficios y subrogados penales en favor del acusado, negó el otorgamiento de estos dándole aplicación a lo dispuesto por la Corte Suprema de justicia acogiendo el criterio atinente a que para la evaluación del acceso a los subrogados debía tenerse en cuenta el delito inicialmente imputado y no la calificación jurídica derivada del preacuerdo.

Tal solución, no la comparte la Sala, por lo que se expone a continuación:

Como ya se explicó con suficiencia en el acápite que precede, si se tiene que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 350 del código de procedimiento penal, el acuerdo celebrado entre acusado y Fiscalía se debe presentar ante el juez de conocimiento como escrito de acusación; ello implica que aquel es el marco fáctico jurídico no solo del proceso sino de la sentencia condenatoria y por ello el referente para la tasación de las penas, pero también para el análisis de subrogados y beneficios penales.

La razón de ser de lo anterior es sencilla: el nuevo marco de legalidad del proceso se rige por lo presentado por las partes en su aceptación consensuada de responsabilidad, vista esta como la nueva estructuración de la pretensión punitiva del Ente Acusador.

No desconoce la Sala que la funcionaria de primer nivel dejó sentado en su sentencia que la negociación solo se hizo para efectos punitivos, siguiendo con ello el actual precedente de la Corte; pero el problema es que en criterio de esta Sala tal cuestión contrae una afectación del principio de legalidad y del debido proceso por asignársele a un tipo penal una prohibición que no le corresponde de conformidad con lo reglado normativamente, máxime cuando la calificación jurídica derivada del preacuerdo no contrae un desfase de los hechos jurídicamente relevantes y se ajusta perfectamente a ese núcleo factico comunicado en el primer escrito de acusación.

Así las cosas, lo procedente en este asunto era evaluar la concesión de los beneficios y subrogados desde la calificación jurídica otorgada en el preacuerdo, esto es, el delito de hurto simple y no desde el de hurto calificado como lo hizo la *a quo*.

En consecuencia de todo lo expuesto, lo procedente en este caso para el suscrito era inaplicar esos criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que fueron acogidos por la Sala Mayoritaria y en su lugar conceder al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En estos términos dejo sentado el disenso.

*Fecha ut supra*

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. The signature is positioned above the name and title of the signatory.

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