

**PREACUERDO - ANÁLISIS CONFORME LOS ACTUALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.**

**PREACUERDOS - DISCRECIONALIDAD REGLADA DE LA FISCALÍA: Deber de acatar los límites impuestos para su celebración.**

**PREACUERDOS - Obligan al Juez de conocimiento, salvo vulneración de garantías fundamentales.**

**PREACUERDO – CONTROL JUDICIAL: Verificación de que la pena pactado se encuentre dentro de los límites de la legalidad.**

**PREACUERDO – CONTROL JUDICIAL: Sobre la indebida dosificación de la pena de multa.**

**PREACUERDOS – IMPROBACIÓN POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Procedencia.**

(...) las transacciones entre fiscalía y el acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo que ellos quebranten o desconozcan garantías fundamentales, todo lo cual indica que el contexto en el cual debe desarrollarse el preacuerdo debe ser conforme la ley, los criterios jurisprudenciales y que de salirse de este marco conlleva la no aprobación de lo realizado al atisbar la conculcación de derechos que con la normatividad se protege.

(...) aplicación del principio de legalidad (...) la prevalencia de este vital principio no solo debe darse en el proceso penal ordinario, también lo debe ser en las formas de terminación anticipada que del mismo modo están regladas y con la determinación de las penas y beneficios que proceden, por lo que el Juez al momento de establecer la pena a imponer debe realizar el procedimiento establecido en el artículo 61 del código penal para estimar una pena que se encuentre conforme con la situación fáctica desarrollada. Es cierto que en los casos que la fiscalía y el imputado han llegado a un preacuerdo, el sistema de cuartos para encontrar la pena convenida no se aplica, más ello no quiere decir que con tal proceder se pueda soslayar el principio de legalidad y consensuar penas más bondadosas para el sentenciado, desbordando los límites punitivos, las penas siempre van a tener ese dique que controla la potestad sancionatoria del Estado.

(...) En el caso sometido a estudio, al momento de la imposición de la pena, han decantado la forma como dosifican el concurso de las conductas que concurren, y para el caso de la multa la forma como lo realizan trasgrede el artículo 39 del código de las penas en su numeral 4 (...) Es decir, las multas deben sumarse, ello no ocurrió al determinar la multa en esta oportunidad cuando concursan los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado con el delito de cohecho, cuando en ambos comportamientos penales el legislador ha acompañado a la pena de prisión con la de multa por ende obligatorio resultaba la sumatoria de la sanción pecuniaria.(...)

**PREACUERDO – OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.**

**PREACUERDO - FECHA DE ESTRUCTURACIÓN QUE DETERMINA EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL APLICABLE: Corresponde a la presentación del preacuerdo ante una autoridad judicial o Juzgado de Conocimiento.**

(...) La discusión presentada radica en definir si las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal que hoy exponen un claro criterio en cuanto a los preacuerdos con base factual y sin ella, debe aplicarse al preacuerdo suscrito; para tal fin resulta importante la fecha de estructuración del preacuerdo, (...) debe tenerse como fecha para aquellos fines, la de presentación del preacuerdo ante una autoridad judicial o Juzgado de Conocimiento.

(...) habida consideración de que la verbalización corresponde diferente al escrito inicialmente presentado, debe tomarse como fecha el día 27 de octubre de 2020, fecha en la que ya existía los criterios jurisprudenciales expuestos en materia de preacuerdos y sobre los cuales el A quo sustentó su providencia.

En gracia de discusión, para el día 9 de marzo de 2020 ya estaba rigiendo iguales criterios esbozados en la sentencia SU 479 de octubre 15 de 2019 por lo cual tampoco era posible

pasar por alto este discernimiento de la Corte Constitucional que reclama que el Juez de Conocimiento también es Juez Constitucional y por ende debe solicitar un mínimo probatorio en estos eventos, sin que ello implique un control material a la acusación, en este evento a la presentación del preacuerdo.(...)

(...) la SU 479 de 2019 si es referente obligatorio en materia de preacuerdos, y que para el caso la efectiva presentación del preacuerdo suscrito se efectúa en la audiencia del 27 de octubre de 2020 por lo cual era absolutamente obligatorio la aplicación del precedente jurisprudencial.

---

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

### **SALA DE DECISIÓN PENAL**

<b>Magistrado Ponente</b>	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
<b>Proceso N°</b>	:	110016099144201800309-01
<b>Número Interno</b>	:	28234
<b>Conducta Punible</b>	:	Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado
<b>Acusado</b>	:	OARA
<b>Decisión</b>	:	Auto Revoca el recurrido
<b>Aprobado</b>	:	Acta No. 80 de 26 de abril de 2022

San Juan de Pasto, trece de mayo de dos mil veintidós  
(Hora 02.00 p.m.)

#### **I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra del Auto de 21 de enero de 2021, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, que improbió el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado OARA, en este proceso penal por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado y otro.

##### **1. Los hechos**

Conforme lo expone el escrito de acusación al contenido fáctico del preacuerdo presentado por el ente acusador, se tiene la información que en el Departamento de Nariño se presenta la influencia permanente de grupos y organizaciones criminales, entre ellos el ELN, grupos delictivos organizados, grupos armados organizados o residuales y algunas bandas criminales, con mayor incidencia en los municipios de Magüi Payán, Policarpa y Cumbitara, en donde funciona la estructura conocida como Estiven Pardo Gonzales del ELN, misma que al haber llegado a un acuerdo con antiguos miembros del frente 29 de las Farc estarían coordinando temas relacionados con ocupación de territorios para controlar la actividad de narcotráfico.

Durante el devenir investigativo se estableció que los grupos en mención contrataban a algunas personas para que transportaran la sustancia estupefaciente dentro del Departamento de Nariño, y que a su vez, tales personas estarían pagando a algunos miembros de la Policía Nacional una cantidad que oscilaba entre los setecientos mil (\$700.000.00) a un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000.00) por cada ocasión en la que le se les permitía el tránsito por el territorio controlado por la fuerza pública sin incautar la sustancia.

Así, se tiene que efectivamente en diciembre de 2018, se logró identificar y establecer la participación de OARA en el transporte de sustancia estupefaciente, misma que conforme a la información obtenida en interceptación de comunicaciones, oscilaba entre los 20 y los 25 kilos de clorhidrato de cocaína. En dicha oportunidad, esto es, el 14 de diciembre OARA se encontraba transportando 24 kilos de clorhidrato de cocaína, siendo capturado en el municipio de La Cruz

por un retén de la Policía Nacional comandado por WM, condenado por el delito de cohecho.

Una vez materializada la captura de RA, acuden con JABM a la estación de Policía de La Cruz, y con el apoyo de otro miembro de la Policía Nacional, señor PER, negocian por una cantidad no determinada de dinero, entregada por OA, la libertad de este último.

En ese orden, los policiales reportan un hallazgo de 24 kilos de clorhidrato de cocaína en poder de dos personas que iban en una motocicleta con un saco, y que al advertir el retén policial se deshicieron del alijo y emprendieron la huida. A la postre, y gracias a las resultas de diligencia de interceptación de comunicaciones, se pudo establecer que la negociación entre OR con los efectivos de la Policía WM y PER como comandantes de estación, se centró en lograr la libertad de OARA cuando había sido capturado por el delito de Tráfico, fabricación y porte de Estupefacientes.

## **2. Antecedentes procesales**

**2.1.** El día 2 de abril de 2019, se da trámite ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Pasto, la audiencia de formulación de imputación por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado por la cantidad incautada en concurso con el reato de cohecho por dar u ofrecer, cargos que no fueron aceptados por el imputado RA.

**2.2.** Presentado el escrito de acusación el 31 de mayo de 2019 por parte del delegado de la Fiscalía corresponde, por reparto de la misma calenda, al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado

de Pasto, quien cita para audiencia de formulación de acusación para el 29 de agosto de la misma anualidad, oportunidad en la que, efectuado el saneamiento correspondiente, se surte la misma sin novedad alguna, fijándose a la postre y mediante orden verbal de octubre 15 de 2019, el 10 de diciembre siguiente como fecha para la realización de la audiencia preparatoria, la cual resultó fallida, fijándose para el propósito en mención el 9 de marzo de 2020.

Llegada tal calenda, obra Oficio No. 19 suscrito por el fiscal del asunto y dirigido a la Dirección Nacional especializada contra el narcotráfico, a efectos de solicitar autorización para la presentación de un preacuerdo bajo la figura de la tentativa a favor de OARA, con ocasión de la exigencia que sobre el particular formulara la judicatura de conocimiento. En ese sentido se fija audiencia para verificación de preacuerdo para el 10 de septiembre de 2020, respecto de la cual obra solicitud de aplazamiento por parte de la fiscalía, para en últimas llevarse a cabo el 27 de octubre siguiente.

El preacuerdo que se verbaliza en dicha audiencia señala que el señor OARA acepta ser responsable penal en calidad de autor del delito de cohecho por dar u ofrecer y coautor del ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, tal como le fueran imputados, y como único beneficio se concede el reconocimiento de la tentativa prevista en el artículo 27 del código penal en lo que respecta al inciso 2°, partiendo de que la pena no será menor de la tercera parte del mínimo, y pactando -en consecuencia- como pena a imponer al acusado, 91 meses de prisión más las accesorias de ley.

Ello conforme a la operación aritmética efectuada sobre las penas mínimas del delito endilgado contenido en el artículo 376, agravado

por el numeral 3° del artículo 384 del C.P., y aplicando la disminución de la tercera parte del mínimo según lo indica el inciso 2° del artículo 27, arrojando un resultado de 85 meses de prisión, más el incremento de 6 meses en virtud del reato de cohecho, para un total de 91 meses de pena privativa de la libertad, multa de 890 SMLMV por el delito atentatorio del bien jurídico de la salud pública.

Verbalizado el preacuerdo en mención, las partes solicitaron su aprobación y la expedición de la respectiva sentencia condenatoria. Suspendida la diligencia en la fecha referenciada, continúa el día 21 de enero de 2021, en donde se imprueba el preacuerdo por parte del A quo.

### **3. La providencia impugnada**

En la decisión recurrida, el *a quo* se ocupó de traer a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ideada alrededor de los preacuerdos, en especial la providencia del 24 de junio del 2020, con ponencia de la Dra. PATRICIA SALAZAR, para indicar que la negociación puesta a su consideración desborda el marco de política criminal comoquiera que, si bien se permite la movilidad, no es menos cierto que ésta debe estar soportada en algunos elementos fácticos.

Ello por cuanto si bien aparentemente tan sólo se está concediendo una rebaja atinente a la tentativa, esta estaría desbordando las condiciones de igualdad en casos análogos en los que se ha eliminado el agravante o se concede la complicidad para efectos punitivos tasándose la pena en aproximadamente 128 meses prisión, parámetros de negociación asumidos por los despachos

especializados y el ente acusador que se convierten en precedentes horizontales.

Explicó que, conforme a la jurisprudencia, en materia de preacuerdos la intervención de la judicatura no se limita a la verificación de aspectos formales, sino que bien puede adelantar un control material sobre los términos de la imputación y el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales de las partes, tales como la igualdad de trato y la seguridad jurídica.

En ese orden refirió que en el presente asunto la fiscalía no modificó los hechos objeto de investigación, sino que introdujo la tentativa como un dispositivo amplificador del tipo penal, pero sin que tal calificación jurídica fuera debidamente soportada con una base fáctica, encontrándose por tanto alejada de los hechos objeto de imputación y acusación y orientada exclusivamente a la concesión de un beneficio punitivo, reduciéndose la pena más allá de la mitad descontable si se eliminara el agravante o si se concediera complicidad, por lo que el descuento excede los precedentes horizontales aludidos en contravía del principio de igualdad, imponiéndose el deber de realizar un control material a dicho pacto, y con ello, la improbación del preacuerdo celebrado por la Fiscalía 22 Especializada de Pasto adscrita a la Unidad Contra el Narcotráfico y el acusado.

#### **4. Sustentación del recurso e intervención de las partes**

##### **4.1.- La defensa como recurrente**

El Dr. Guido Mauricio Ramos Torres, en su calidad de defensor de OARA, apeló la decisión de primera instancia, indicando que frente a la razón fundamental que derivara en la improbación del preacuerdo, esto es, la ausencia de base fáctica que soporte la tentativa, ello se hizo con fines de disminución de la pena, a través de la aceptación de los delitos imputados por parte de su prohijado, a cambio de la concesión de rebaja de pena establecida en la tentativa inciso segundo, circunstancia que de contera haría pensar que en consonancia con la jurisprudencia actual, ello no es dable, cuando es lo cierto que no hay un reconocimiento en la tentativa para modificar los hechos, pues se condenaría al procesado como coautor de la conducta punible y solo para efectos punibles se reconocería la rebaja establecida en el artículo 27 segundo inciso, es decir, un dispositivo amplificador del tipo con fines de pena.

En lo que atañe a la aparente conculcación de los precedentes horizontales y de los principios de igualdad y seguridad jurídica derivada del hecho que muchos de los preacuerdos en casos análogos contienen una rebaja del 50%, siendo el presente más beneficioso, arguye que en principio se podría pensar que es así, pero de conformidad a la decisión de la Corte Suprema de Justicia en sala de tutelas Rad. 114112, del 15 de diciembre de 2020, se tiene que tal postura inicia a partir de junio del 2020, razón por la que tal precedente no puede ser aplicada de forma retroactiva, si en cuenta se tiene que el preacuerdo se cristalizó el 9 de marzo del 2020.

En ese orden se estableció también en la decisión antes referenciada, que no es dable aplicar criterios jurisprudenciales desfavorables de forma retroactiva so pena de contrariar con ello la igualdad, dado que antes de tal postura sí era posible hacer ese tipo de preacuerdo con

beneficios mayores, referenciando sobre ese particular, una decisión proferida por el Tribunal.

Arguye la defensa que, si se atiende en su integridad el fallo de tutela y el salvamento de voto aludido en la decisión cuestionada, no es posible improbar el preacuerdo, ni siquiera conforme a la sentencia SU 479, ya que obviamente son posteriores a los hechos que ocupan este proceso.

Agrega que es menester que la segunda instancia considere tanto el momento procesal en el que se logran los preacuerdos, como la carga probatoria de responsabilidad, en orden a la concesión de rebajas, máxime si -a su juicio- tal carga probatoria en el asunto de marras no ostenta el potencial necesario para condenar a su prohijado.

Que la concesión efectuada por la fiscalía es la que conllevó a la aceptación de responsabilidad y dado que aquella resulta fundamental para conseguir una condena, y si ese es el otro argumento presentado por el despacho, debería analizarse entonces la carga probatoria en la medida que el juez al momento de improbar o aprobar un preacuerdo, debe analizar si existen los suficientes elementos que acrediten la existencia del delito y su responsabilidad, siendo que, para el caso en concreto la ayuda del procesado es bastante considerable.

Corolario de lo anterior, arguye que es posible la revocatoria de la providencia que se ha proferido y en su lugar se pase a aprobar el preacuerdo.

#### **4.2. La Fiscalía como no recurrente**

El delegado de la fiscalía, Dr. Pedro Miguel Álvarez Hernández, inicia su intervención refiriendo que, en consonancia con las argumentaciones realizadas por la defensa, efectivamente el preacuerdo objeto de análisis fue suscrito antes del mes de junio del 2020, más específicamente para marzo del mismo año, calenda en la que aún no operaban los precedentes jurisprudenciales citados para improbar el preacuerdo.

Indica que el beneficio acordado responde únicamente a fines punitivos, comoquiera que en momento alguno se modificó, ni el fáctico del escrito de acusación ni tampoco, la calificación jurídica que surgiera de los hechos investigados por la fiscalía desde el año 2018. Con lo anterior solicitó al superior que revoque la decisión apelada, y en su lugar apruebe el preacuerdo presentado.

## **II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA**

### **1. Competencia.**

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra del Auto de fecha 21 de enero de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

### **2. Del Problema jurídico.**

Conforme a la impugnación presentada debe la Sala determinar si conforme los criterios jurisprudenciales establecidos en el tema de

preacuerdos, para esta oportunidad estamos ante un evento sin base factual como lo argumenta la primera instancia para la improbación del preacuerdo, y por tanto debe confirmarse la decisión recurrida, o si se trata de un asunto en el que es dable la concesión de la figura de la tentativa para efectos punitivos y según la postura aplicable para el momento de radicación del preacuerdo, como lo arguye quien ha activado el recurso de alzada, y en ese sentido, pasar a revocar la decisión censurada.

### **3. Del principio de legalidad.**

El principio de legalidad se ha dicho tiene una doble connotación es principio rector en cuanto toda actuación que se realice por el servidor judicial debe estar reglada de forma clara y precisa en la ley por lo que dichas actuaciones deben sujetarse al imperio de la Constitución y de la ley que está relacionado con la división de poderes y el segundo aspecto se relaciona con el poder sancionatorio como facultad del Estado. De ahí que el artículo 29 de la Carta política sea clara en establecer el debido proceso y señalar:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Premisas que se repiten en los códigos sustantivo y procesal penal en igual sentido con el fin de acentuar que existen procedimientos reglados, que la conducta punible ya está descrita con una consecuencia jurídica que es la pena a imponer, previamente

delimitadas por el legislador penal y que corresponde al servidor judicial dar cabal aplicación de dicha normatividad.

Es por lo que en la sentencia de constitucionalidad C-820 de 2005 sobre este vital principio se ha dicho:

*“El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”<sup>[4]</sup>. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)<sup>[5]</sup>.”*

En consecuencia, el principio de legalidad implica que en las normas esta la descripción típica del comportamiento, antes de la realización del mismo como también la determinación de la pena a imponer con lo cual el conglomerado conoce a plenitud el monto de la sanción que el comportamiento realizado puede tener, lo que se convierte en una valla contra la iniquidad al momento de imponer un correctivo, pero de igual manera obliga al servidor judicial a dar plena aplicación a la pena que el código establece dentro de sus parámetros mínimos y máximos, análisis de proporcionalidad que ya ha realizado el legislador penal.

#### **4. Criterio jurisprudencial actual sobre los Preacuerdos.**

Como en otras oportunidades la Sala recuerda la importancia y trascendencia que el instituto de los preacuerdos presenta en la sistemática procesal penal adversarial bajo la égida de la Ley 906 de 2004, se ha dicho corresponde a un modelo de justicia premial como una forma de terminación anticipada, pero con absoluto respeto por los derechos y garantías de las partes.

Encuentran su consagración en los artículos 348 y siguientes del procedimiento penal, que desde su inicio define la filosofía que siempre debe imperar en la realización de los preacuerdos y no son otros que *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*, pero hay otras dos azas significativas finalidades que deben ser el norte de toda negociación y que también se consagran en el artículo citado, el aprestigiamiento de la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Del texto del artículo 351 de la obra citada se indica que si el preacuerdo conlleva un cambio favorable en la pena a imponer esta constituye la única rebaja como retribución por el convenio; esta norma también con claridad establece que las transacciones entre fiscalía y el acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo que ellos quebranten o desconozcan garantías fundamentales, todo lo cual indica que el contexto en el cual debe desarrollarse el preacuerdo debe ser conforme la ley, los criterios jurisprudenciales y que de salirse de este marco conlleva la no aprobación de lo realizado al atisbar la conculcación de derechos que con la normatividad se protege.

Con respecto al tema, en cuanto a los límites de los preacuerdos, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación en radicado 43356 de 3 de febrero de 2016:

*“... la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.”*

Lo anterior significa que advertido por el Juez de Conocimiento la vulneración de garantías fundamentales tiene la facultad de no aprobar la actuación presentada en aras del respeto a las garantías fundamentales y es que como lo itera la jurisprudencia constitucional en sentencia SU 479 del 15 de octubre de 2019, la negociación entre la fiscalía y el acusado no puede ser a cualquier costo, para ello existen unos parámetros, una senda que ya las Altas Cortes han demarcado que se hace necesario respetar, y su no acogimiento no solo implica la sensación de ilegalidad sino que puede repercutir en investigaciones tal como lo establece la providencia mencionada:

*“Las autoridades judiciales, como todas en un Estado democrático, se hallan regidas por el principio de legalidad y, si bien la justicia consensual rodea al Fiscal de una serie de competencias discrecionales, con el fin de terminar anticipadamente los procesos, en pro de una justicia célere y eficiente, ello no puede llegar al extremo de entender que un acuerdo*

*para una sentencia anticipada puede lograrse “a cualquier costo” o de “cualquier manera”, esto es, de manera arbitraria (no discrecional-reglada) y con el solo fin de llegar a cualquier resultado que finiquite la actuación, sobrepasando los claros fines del instituto procesal de los preacuerdos –entre ellos aprestigiar la justicia. De suerte que “aprestigiar la justicia” no es apenas un desiderátum del Fiscal en el caso concreto sino una auténtica regla jurídica imperativa aplicable en todos los eventos. De este modo, si las autoridades no atienden los límites previstos para el uso de este mecanismo, no sólo sus actos pueden perder sus efectos sino que, además, pueden comprometer su responsabilidad penal y disciplinaria.”*

Y en la parte final de esta importante sentencia de unificación se establecen unas conclusiones importantes para tener en cuenta para la solución del presente caso, entre otras:

*“La administración de justicia penal, en todas sus etapas (investigación y juzgamiento), debe atenerse a la Constitución y a la ley, y debe dirigirse a garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Por esta razón, al advertir por parte de las autoridades judiciales una interpretación de la normativa de preacuerdos que resulta contraria a dichos mandatos superiores, le compete a la Corte Constitucional la labor de establecer, en última instancia, el contenido constitucionalmente vinculante de los principios constitucionales y los derechos fundamentales dentro del proceso penal.*

*· La discrecionalidad de los fiscales delegados para negociar es reglada, pues el empleo de este mecanismo de la justicia consensuada se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución Política y en los tratados y convenios ratificados por Colombia, la jurisprudencia constitucional y la ley. Por esto, son los primeros llamados a acatar los límites impuestos para la celebración de preacuerdos, siendo uno de ellos el deber de obrar de acuerdo con los hechos del proceso. Solo el acatamiento de los fiscales a la normativa*

*vigente sobre preacuerdos permite evitar arbitrariedades en el ejercicio de la acción penal y una efectiva materialización de los principios de igualdad y seguridad jurídica en la administración de justicia.*

*·Los fiscales no cuentan con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible (Sentencias C-516 de 2007 y C-059 de 2010). La labor de los fiscales en el nuevo esquema procesal penal es de adecuación típica, por lo que si bien tienen un cierto margen de apreciación para realizar una imputación menos gravosa con miras a llegar a un preacuerdo, no pueden seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberán obrar de acuerdo con los hechos del proceso (Sentencia C-1260 de 2005, Directiva 01 de 2006 FGN, Directiva 01 de 2018 FGN). En consecuencia, la facultad de celebrar preacuerdos se encuentra limitada por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso, límite que aplica para el reconocimiento de las causales de atenuación punitiva consagradas en el artículo 56 del Código Penal.*

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

*Lo anterior, indica que (i) la tipificación preacordada no puede carecer de relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación y, además, (ii) el preacuerdo debe respaldar los hechos jurídicamente relevantes por los elementos de prueba y las evidencias*

*que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan.*

*En efecto, un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del C.P.), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005.”*

Al hilo de la cita, claro resulta que la negociación a la cual se faculta al representante del ente fiscal no es cualquier clase de acuerdo, para ello la misma entidad acusadora ha expedido directivas en procura que sus servidores puedan guiarse por ellas, según la complejidad del delito, el punible más grave y otros aspectos con el fin de no desbordar este marco y conceder las rebajas desmedidas que como lo expone de vieja data nuestra Alta Corporación<sup>1</sup>

*“Todo ello dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.*

*El parámetro de la negociación de los términos de la imputación **no es la impunidad**; el referente del fiscal y de la defensa **es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.**” (La negrilla pertenece al texto original)*

Claro lo antes expuesto, itera la Sala que como actuación procesal que es el trámite de la negociación y dado que, a la luz de la

---

<sup>1</sup> Radicado 27759 del 12 de septiembre de 2007

jurisprudencia constitucional<sup>2</sup> no se encuentra facultado el representante del ente investigador para crear tipos penales sino que su labor es de adecuación típica conforme unos hechos y por tanto debe existir una mínima evidencia debidamente recaudada que define la existencia del comportamiento y que compromete al acusado con su realización, ello como lo consagra con nitidez el artículo 327 del mismo código de procedimiento penal en su parte final, para no comprometer el principio medular de la presunción de inocencia.

En lo que respecta a la exigencia probatoria vemos que guarda coherencia con lo dispuesto en los artículos 350 y 351 ibidem cuando se indica que el preacuerdo puede realizarse sobre los hechos imputados, lo cual da garantía que sobre esa base fáctica debe construirse la negociación entre las partes, sin desconocer las circunstancias que la rodearon.

Si bien el ente fiscal por su potestad constitucional puede adecuar la situación fáctica a los comportamientos punibles reglados por el legislador, es decir puede realizar el juicio de imputación y de acusación, dicha facultad conlleva que el Juez de conocimiento no puede ejercer un control sobre la calificación jurídica realizada, escogencia del tipo penal supeditado a la presencia de unos fácticos que lo condicionan y cuyo núcleo se torna inmodificable.

En este contexto, y tal como se expone en la sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020 con radicado 52227, el proceso penal conlleva la presencia de varias hipótesis factuales, conforme al principio de progresividad de la investigación y por la posibilidad de adelantar

---

<sup>2</sup> C-1260 de 2005

también las pesquisas la defensa, ello indica que una calificación jurídica inicial, al demostrarse que han concurrido circunstancias que la modifican produce cambios sobre una base probatoria que puede ser del ente investigador o por la actividad de la defensa, situaciones en las cuales el cambio de la adecuación no es un beneficio sino un ajuste al principio de legalidad, en consecuencia cuando se produce un preacuerdo con un sustento probatorio deberá el juez de conocimiento verificar solo lo relacionado con la pena acordada que se establezca en el marco de la normatividad, se trata de negociaciones con base factual.

Conforme la sentencia SU 479 de 2010 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que se viene citando, es posible realizar negociaciones sin aquel sustento probatorio, conllevan el interrogante si el fiscal está facultado para adecuar típicamente al comportamiento que considere adecuado para preacordar o si puede conceder cualquier tipo de beneficios al acusado, recordemos que en tanto la base fáctica no se ha modificado y que el acuerdo consiste en dar una calificación jurídica que no corresponde a los hechos como beneficio, en palabras más simples se utiliza una figura procesal solamente con el fin de conceder una rebaja en la pena, un descuento punitivo que promueva la aceptación de la responsabilidad penal por el comportamiento penal que se investiga. Con todo, la dificultad que estos preacuerdos presentan son los descuentos desbordados cuando se otorgan sin tener en cuenta el momento procesal dado que en tratándose de justicia premial los mayores beneficios deben concederse cuando la investigación esta naciente y de esta manera proporcional al avance, en el fallo mencionado se indica:

*“Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta*

*de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas. Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, también debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite. Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento. La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizada para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación. En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.”*

Es por lo que el juicio de imputación y acusación toma importancia cuando es presentado un proceso sea en trámite con terminación anticipada u ordinario, no puede darse un control material por el funcionario judicial, pero si un control de legalidad y con lo cual permite verificar un mínimo probatorio con el fin que la duda sobre la realización del comportamiento o de la responsabilidad penal sea despejada, así lo indica la CSJ en SP3002 del 19 de agosto de 2020 en radicado 54039:

*“Aunque es claro que las decisiones que toma la Fiscalía al momento de estructurar la acusación limita el margen decisional de los jueces, principalmente porque no pueden emitir condena por hechos diferentes a los incluidos en la acusación –principio de congruencia-, también lo es*

*que al realizar la labor jurisdiccional los juzgadores deben verificar los presupuestos mínimos de la condena, que varían en el trámite ordinario y en el abreviado. En punto de las diferencias entre la condena emitida en el trámite ordinario y el abreviado, la Sala ha resaltado: (i) las decisiones están sometidas a estándares de conocimiento diferentes – convencimiento más allá de duda razonable, en el primero, y la determinación de un “principio de verdad”-, en el segundo-; y (ii) para la emisión de una condena anticipada, el juez debe verificar los límites legales para la concesión de beneficios y, en general, constatar que no se han violado los derechos de las partes o intervinientes (SP2073-2020, rad. 52.227, entre otras).*

*A pesar de estas diferencias, debe quedar claro que los jueces, al emitir sentencia (bien en el trámite ordinario o el abreviado), no están obligados a: (i) dar por ciertos los hechos incluidos en la acusación, cuando no están demostrados “más allá de duda razonable” o bajo el estándar reducido de que trata el artículo 327, bajo el entendido de que este último se orienta a proteger los derechos del procesado y, además, a salvaguardar un “principio de verdad” para las víctimas; y (ii) convalidar calificaciones jurídicas inapropiadas. Adicionalmente, en el trámite abreviado no pueden: (iii) conceder beneficios que exceden los límites legales; y (iv) emitir sentencia cuando se advierte que han sido violados los derechos del procesado, de las víctimas, etcétera (ídem).”*

Colofón de lo antes expuesto, a partir de la SU 479 de 2019 se establece una línea jurisprudencial que desarrolla la CSJ Sala de Casación Penal, en las que se da claridad sobre las definiciones de los preacuerdos con o sin base factual, la primera producto del ejercicio del principio de progresividad de la investigación, en los que cambia la calificación jurídica, y las segundas sin base factual solo con el propósito de aminorar la pena, en las que la adecuación típica no tiene variación y es el delito por el cual acepta la responsabilidad penal el imputado o acusado.

## **5.- Del caso en concreto.**

5.1 Se ha hecho énfasis en la aplicación del principio de legalidad para direccionarlo con relación a las penas que se deben imponer cuando se ha realizado la adecuación de la situación factual y se le ha otorgado una connotación jurídica, donde el código sustantivo ya tiene relacionada la pena o penas que se deben imponer por parte del operador judicial.

La prevalencia de este vital principio no solo debe darse en el proceso penal ordinario, también lo debe ser en las formas de terminación anticipada que del mismo modo están regladas y con la determinación de las penas y beneficios que proceden, por lo que el Juez al momento de establecer la pena a imponer debe realizar el procedimiento establecido en el artículo 61 del código penal para estimar una pena que se encuentre conforme con la situación fáctica desarrollada. Es cierto que en los casos que la fiscalía y el imputado han llegado a un preacuerdo, el sistema de cuartos para encontrar la pena convenida no se aplica, más ello no quiere decir que con tal proceder se pueda soslayar el principio de legalidad y consensuar penas más bondadosas para el sentenciado, desbordando los límites punitivos, las penas siempre van a tener ese dique que controla la potestad sancionatoria del Estado.

Bajo estos conceptos, las penas de conformidad con el artículo 35 del código penal son prisión, prisión perpetua, multa y las privativas de otros derechos cuando se impongan como principal y a la luz del artículo 60 y 61 de la misma normatividad se establece el procedimiento para la elaboración de los cuartos e imponer la pena que por demás es una forma de discrecionalidad reglada.

ltera la Sala, en los casos de preacuerdo no se requiere realizar estas operaciones aritméticas para obtener los cuartos, pero ello no quiere decir que las partes se encuentren habilitados o con potestad para quebrantar la normatividad al imponer una pena que de acuerdo con algunos tipos penales se consagra como penas principales.

En el caso sometido a estudio, al momento de la imposición de la pena, han decantado la forma como dosifican el concurso de las conductas que concurren, y para el caso de la multa la forma como lo realizan trasgrede el artículo 39 del código de las penas en su numeral 4 cuando indica la forma como debe dosificarse esta pena pecuniaria en los eventos de concurso, y que al pretender ajustarlos a la legalidad corresponde a una pena superior a la convenida.

Obsérvese lo que el artículo 39 citado expone con absoluta nitidez en su numeral 4º: Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa.

Es decir, las multas deben sumarse, ello no ocurrió al realizar al determinar la multa en esta oportunidad cuando concursan los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (Arts. 376 inciso 1º y 384 numeral 3 C. Penal) con el delito de cohecho (Art. 407 C. Penal), cuando en ambos comportamientos penales el legislador ha acompañado a la pena de prisión con la de multa por ende obligatorio resultaba la sumatoria de la sanción pecuniaria.

Respecto de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que para el delito cohecho por dar u ofrecer deviene como principal, las partes no hacen pronunciamiento alguno.

5.2 Ahora en cuanto al tema objeto del recurso de apelación, resulta pertinente para la solución del presente caso, los criterios jurisprudenciales esbozados por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación.

El tema de discusión se centra en si debe darse aplicabilidad a la jurisprudencia vigente o por si con los discernimientos existentes antes de las sentencias mencionadas procede la aprobación al presente preacuerdo suscrito entre las partes.

Como es bien sabido que la jurisprudencia no tiene un efecto retroactivo, sino que su aplicación debe operar hacia futuro, desde que se hace el pronunciamiento convertido en decisión judicial de los órganos de cierre, por lo que resulta trascendente conocer la fecha de dichas providencias para saber si resultan o no aplicables al caso en comento, para ello bien se sabe que la SU 479 de la Corte Constitucional data del 15 de octubre de 2019, mientras que las sentencias de la Sala de Casación Penal corresponden a 24 de junio radicado 52227 y 19 de agosto el radicado 54039

La discusión presentada radica en definir si las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal que hoy exponen un claro criterio en cuanto a los preacuerdos con base factual y sin ella, debe aplicarse al preacuerdo suscrito entre la FGN y el acusado OARA representado por su abogado de confianza; para tal fin resulta importante la fecha de estructuración del preacuerdo, que como se ha señalado en otras providencias esta sala de decisión debe tenerse como fecha para aquellos fines, la de presentación del preacuerdo ante una autoridad judicial o Juzgado de Conocimiento.

Lo anterior tiene su razón de ser en el hecho que debe existir seguridad jurídica en cuanto a una fecha cierta, precisa, en la que las negociaciones se han convertido en un preacuerdo y solo es posible tomar como evidente un preacuerdo cuando ha sido presentado ante la autoridad judicial sea centro de servicios o ante el respectivo juez competente quien va a convocar a audiencia para su exposición y posterior definición.

En consecuencia, en los términos del código general del proceso se requiere una fecha cierta -art. 253- tenemos que en materia penal, al igual que en materia civil, si bien los documentos pueden tener una fecha de creación su validez y existencia para un proceso va a depender del día en que es llevado ante la autoridad judicial respectiva y ello tiene fundamento en dos normas importantes del procedimiento penal como son (i) como el tema es de preacuerdos y en ellos se contiene una acusación, el artículo 336 de la ley 906 de 2004 establece como carga para el fiscal presentar el escrito ante el juez competente, por ende desde el momento que el fiscal entrega el documento confeccionado en el que existe un preacuerdo, empieza a hacer parte del conocimiento de la judicatura, no puede ser antes porque el Juez desconoce si las negociaciones van a concluir con un preacuerdo o no. Pero no puede ser más claro el artículo 350 de la misma obra cuando señala que las partes pueden llegar a un preacuerdo el que el fiscal debe presentar al Juez. Es por lo que igual que el acto de formulación de acusación se convierte en un acto complejo igual sucede con la petición de aprobación de un preacuerdo. En esta oportunidad solo se hace la mención que el preacuerdo contiene una acusación para complementar lo expuesto por cuanto procesalmente en esta oportunidad tal momento procesal

ya a fenecido. (ii) El artículo 317 del mismo código procesal penal en su parágrafo segundo respecto de las causales de libertad 4 y 5 enseña que los términos deben restablecerse cuando hubiere improbación del preacuerdo, como lo ha dicho la jurisprudencia el conteo de los términos se suspende cuando existe la figura de un preacuerdo, por ello la necesidad que si resulta improbadado debe restablecerse el conteo de tales, y solo es posible tener como una fecha cierta, fecha de partida cuando el preacuerdo es presentado por las partes ante la autoridad judicial y que va hasta la definición sobre la aprobación o no del preacuerdo, si se imprueba se retoman los términos, si se aprueba va a una etapa siguiente como es la emisión de la sentencia. Y así lo expone el tratadista Nelson Saray Botero en su obra "Preacuerdos y Negociaciones" páginas 524 y 525 para exponer que la presentación del preacuerdo interrumpe los términos judiciales.

De ahí que resulta relevante es la fecha en que el preacuerdo es presentado ante la autoridad judicial, es decir cuando es colocado a su consideración para que se proporcione el trámite que corresponde, en respeto por un debido proceso. No cabe duda que, en materia de preacuerdos dada la posibilidad de negociación que se tiene y la importancia de las directrices y jurisprudencia que resulta aplicable al caso, en no pocas ocasiones cuando se acude a la convocatoria realizada por el Juez para conocer del texto del preacuerdo, las partes verbalizan otro distinto al que por escrito presentaron, lo que necesariamente cambia la situación planteada, por tratarse de un nuevo preacuerdo es este el momento a tener en cuenta como fecha de estructuración del mismo, igual situación cuando es en el escenario de una audiencia cuando las partes exponen de forma verbal el preacuerdo a que han arribado.

Descendiendo al caso, encuentra la Sala conveniente precisar que los hechos tuvieron ocurrencia el 14 de diciembre de 2018 constitutivos de un delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 del C.P. con la circunstancia de agravación consagrada en el numeral tercero del artículo 384 ibidem dada la cantidad de la sustancia ilícita incautada, aunado al delito de cohecho por dar u ofrecer del artículo 407 del estatuto penal que se configuraría como contraprestación para lograr la libertad restringida por el otro reato en mención, y así le fueron imputados los cargos.

Se ha indicado que con fecha 9 de marzo de 2020 se ha iniciado unas negociaciones para concluir con un documento de preacuerdo que contiene la misma fecha y que para efectos de la alzada el texto se encuentra en el archivo 23 con el nombre de "Formato de Preacuerdo" escrito en el que en la parte de la descripción de la forma como se realiza la negociación, se indica que la pena acordada son 86 meses más un mes por el delito de cohecho, lo mismo ocurre con la pena de multa se acuerda 890 salarios más uno por el delito de cohecho para 891 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si bien aquel documento tiene aquella fecha, no hay como comprobar que en dicha fecha fue presentado, dado que tampoco hay una nota de presentación ante la autoridad jurisdiccional y de ello se pidió la información al Despacho respectivo sin que se pueda determinar dicha fecha, sin embargo como en aquella fecha no se expuso el preacuerdo a que habían llegado, se cita para una fecha del mes de septiembre la cual es aplazada y solo se realiza la audiencia el día 27 de octubre de esa anualidad cuya verbalización resulta ser una nueva

forma de preacuerdo<sup>3</sup> que realiza el delegado del ente acusador cuanto establece que el acusado acepta cargos por los delitos imputados correspondiendo luego de aplicado el instituto de la tentativa en su inciso 2º del código penal solo para efectos punitivos en una pena de 85 meses de prisión y multa de 890 salarios mínimos, la que se incrementa en 6 meses de prisión y 6 salarios mínimos por el delito de cohecho para un total de 91 meses de prisión y 896 salarios mínimos legales mensuales, que es la pena convenida y que esta última forma es la que aparece transcrita en la decisión del A quo (Archivo 29 Improbación preacuerdo).

Importante para los efectos de la decisión que se va a tomar, que al inicio de esta audiencia – del 27 de octubre de 2020- se señala por el fallador en conversación con el defensor la pregunta sobre el acuerdo que han llegado (minuto 0:27) momento en el cual aclaran que es con el señor OA.

Así las cosas, y siguiendo el estricto orden cronológico de las actuaciones procesales, aclarando que no hay archivo alguno sobre la posible realización de la audiencia el 9 de marzo de 2020 de lo cual se debió solicitar aquella información al Juzgado y al Centro de Servicios, solo se tiene claro que hay una convocatoria para verificación de preacuerdo el 10 de septiembre de 2020, respecto de la cual obra solicitud de aplazamiento por parte de la fiscalía, para en últimas llevarse a cabo el 27 de octubre siguiente donde como se ha indicado se verbaliza un preacuerdo nuevo, distinto al escrito presentado tomando la decisión el día 21 de enero de 2021 que es cuando se imprueba el preacuerdo.

---

<sup>3</sup> Audiencia presentación del preacuerdo de 27 de octubre de 2021 minuto 24:19

Tal línea temporal permite vislumbrar que resulta adecuada la decisión del A quo sobre la improbación del preacuerdo, dado que no existe certeza que el día 9 de marzo se haya presentado el escrito de preacuerdo, conforme los oficios existentes es posible concluir que en esa data se están adelantando los permisos para dicho fin, sin embargo, también fue un aspecto que se solicitó aclaración al despacho de conocimiento sin que pudieran determinar dicha fecha, es por ello que habida consideración de que la verbalización corresponde diferente al escrito inicialmente presentado, debe tomarse como fecha el día 27 de octubre de 2020, fecha en la que ya existía los criterios jurisprudenciales expuestos en materia de preacuerdos y sobre los cuales el A quo sustentó su providencia.

En gracia de discusión, para el día 9 de marzo de 2020 ya estaba rigiendo iguales criterios esbozados en la sentencia SU 479 de octubre 15 de 2019 por lo cual tampoco era posible pasar por alto este discernimiento de la Corte Constitucional que reclama que el Juez de Conocimiento también es Juez Constitucional y por ende debe solicitar un mínimo probatorio en estos eventos, sin que ello implique un control material a la acusación, en este evento a la presentación del preacuerdo.

Con los anteriores argumentos se da respuesta a los sustentos del recurso de apelación presentado por las partes en atención a que como lo señala la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ radicado 115601 del 23 de marzo de 2021, la SU 479 de 2019 si es referente obligatorio en materia de preacuerdos, y que para el caso la efectiva presentación del preacuerdo suscrito se efectúa en la audiencia del 27 de octubre de 2020 por lo cual era absolutamente obligatorio la aplicación del precedente jurisprudencial.

Además, que de conformidad con el artículo 352 inciso 4º del código adjetivo penal el preacuerdo no obliga al Juez de Conocimiento cuanto observa que se ellos *desconozcan o quebranten garantías fundamentales*; en este evento relumbra la indebida dosificación de la pena de multa que acompaña a la principal de prisión.

Corolario de lo anterior, el preacuerdo suscrito por las partes no se encuentra ajustado a los criterios jurisprudenciales vigentes, por lo que se deberá confirmar en su integridad el auto recurrido que improbo el preacuerdo.

Se deberá devolver la carpeta para que continúe el trámite del proceso penal.

### **III.- DECISIÓN**

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

#### **RESUELVE:**

**1º. Confirmar** la decisión objeto del recurso de apelación contenida en el auto de fecha 21 de enero de 2021 en este proceso penal que se adelanta en contra de OARA, conforme a las motivaciones de esta providencia.

**2º. Regresar** la actuación para que continúe el trámite correspondiente por el juzgado de conocimiento.

3°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que  
contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase,



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN  
Magistrado Ponente



BLANCA ARELLANO MORENO  
Magistrada  
CON ACLARACIÓN DE VOTO

4202



SÍLVIO CASTRILLÓN PAZ  
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ  
Secretario

## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

### SALA DE DECISIÓN PENAL

**San Juan de Pasto, trece (13) de mayo de dos mil  
veintidós(2022)**

#### ACLARACIÓN DE VOTO

**Asunto Penal Ley 906 de 2004 NI 28234  
Procesado: OARA**

La suscrita Magistrada se permite presentar aclaración de voto frente a la decisión mayoritaria proferida en el asunto referenciado, en la cual se resuelve **confirmar** la decisión objeto del recurso de apelación contenida en el auto de fecha 21 de enero de 2021 según el cual la primera instancia resolvió **no aprobar** el preacuerdo presentado por las partes procesales.

En principio advierto que comparto la decisión de fondo en su parte resolutive ya que los términos de la negociación adelantada entre la Fiscalía y el señor OARA debidamente asesorado por su abogado defensor incluye un error en la tasación de la pena relacionada con la multa, lo cual afecta el principio de legalidad, ya que se fija por debajo del mínimo previsto para los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (Arts. 376 inciso 1º y 384 numeral 3 C. Penal) y cohecho (Art. 407 C. Penal) y por fuera de las reglas aplicables al concurso delictual según lo regulado en el artículo 39 del Código Penal, como bien se explica en la decisión mayoritaria.

Sin embargo, no comparto el análisis realizado en cuanto a determinar cuál es la fecha de estructuración del preacuerdo, lo que incide en el criterio jurisprudencial aplicable para determinar la procedencia en cuanto a la concesión de subrogados y sustitutivos penales, atendiendo ya sea al delito imputado inicialmente o aquel que deviene de lo pactado con la Fiscalía, únicamente para efectos punitivos.

Considero que en el caso la fecha de estructuración del preacuerdo ocurrió según el dato registrado en el acta contentiva de los términos del mismo, es decir el 9 de marzo de 2020, documento que hace parte del expediente.

Ahora bien, aunque no se conoce cuándo se hizo la presentación del preacuerdo ante el centro de servicios o el juzgado de conocimiento, al menos se determina la fecha indicada - 9 de marzo de 2020 - como límite máximo, en tanto que la Fiscalía solicitó autorización con oficio No. 019 de esa fecha ante la Dirección Nacional Especializada contra el narcotráfico, en la que se menciona que el señor Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, exigía el concepto de esa unidad de la Fiscalía para adelantar el trámite de verificación del preacuerdo, lo que implica que para el 9 de marzo de 2020 el despacho judicial ya tenía conocimiento de la negociación.

De otro lado, el contenido del preacuerdo y que da lugar a la rebaja de pena, y que es verbalizado ante el funcionario judicial, es idéntico a lo expuesto en el mencionado oficio, en el cual se registra que se aplica el dispositivo amplificador de la tentativa. Es decir que la negociación expuesta en la audiencia en la cual el señor Juez resuelve no aprobar el preacuerdo, ya estaba definida con anterioridad

a la jurisprudencia de la CSJ que se cita como fundamento para declarar la ilegalidad del mismo.

Lo anterior me permite adquirir certeza en cuanto a que la fecha de estructuración del preacuerdo corresponde al 9 de marzo de 2020 y no a la de presentación del mismo en 27 de octubre de 2020, según se aduce en la decisión mayoritaria.

Ahora bien, defino dicha fecha según lo registrado en el acta de preacuerdo y no de su presentación acogiendo al menos los siguientes fallos jurisprudenciales:

1. Fallo del 14 de abril de 2021, radicado 53718, en el que al estudiar la temática relacionada con *“La ocurrencia de las conductas punibles y la regla jurisprudencial aplicable en materia de preacuerdos”* indicó:

*“Deviene de lo expuesto que la regla a seguir para el examen del problema jurídico sometido a consideración de la Sala es la aceptación de la calificación jurídica formulada por la fiscalía en el preacuerdo y darle al beneficio punitivo el tratamiento que voluntaria y conscientemente convinieron **la fiscalía, el procesado y la defensa**, pues no se advierte violación de garantías y fue estructurado con base en la jurisprudencia citada y vigente **para la fecha de la negociación para la terminación anticipada del proceso**”.*

2. Fallo de tutela STP11888-2020 radicación No. 114112 de diciembre 15 de 2020, en el que se revisó un caso en el que se declaró la nulidad de la actuación, a partir de la aprobación del preacuerdo presentado por las partes, aplicando reglas jurisprudenciales que no eran conocidas a la fecha de elaboración del mismo, respecto de lo cual se dijo entre otros fundamentos que permitieron tutelar los derechos fundamentales invocados:

*“De otra parte, resulta imposible recriminar que la delegada fiscal como el juez de primera instancia inaplicaran un criterio jurisprudencial de la Sala mayoritaria, que fue emitida con posterioridad a la elaboración del preacuerdo, pues recuérdese la jurisprudencia que trajo a colación data 24 de junio de 2020, mientras que la negociación se llevó a cabo el 30 de septiembre de 2019, incluso de la misma sentencia emitida por el juez de primera instancia, la cual se profirió el 25 de junio del año en curso, un día después del criterio citado por la autoridad accionada, por lo que no puede dársele un efecto retroactivo a un criterio que resulta desfavorable para los intereses del procesado”.*

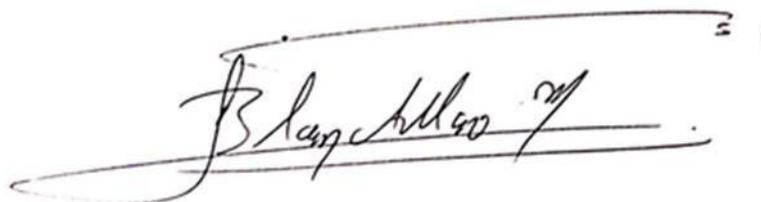
Como se observa en estos casos analizados por la Corte Suprema de Justicia la fecha que se tiene en cuenta para determinar las reglas jurisprudenciales aplicables en materia de preacuerdos lo es la fecha de elaboración del preacuerdo no solamente porque en el fallo de tutela así lo expresa claramente sino también porque en el asunto penal radicado 53718 se hace referencia a los términos del preacuerdo fijados por la Fiscalía, el procesado y la defensa, que son las partes procesales que intervienen al momento en que se fijan los términos de la negociación, fase en la que aún no interviene el funcionario judicial que adelantará el escrutinio final de legalidad.

De otra parte la decisión mayoritaria acude a lo previsto en el artículo 253 del Código General del Proceso, aplicando las reglas relacionadas con los documentos privados cuando en este caso el acta que contiene los términos de la negociación realizada entre la Fiscalía, el procesado y la defensa, constituye un documento público dada la intervención del delegado del ente acusador que a todas luces es un funcionario público no solamente por la forma de vinculación sino además porque la misma Constitución política establece que la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial. Siendo así, la forma de aplicar el contenido de la mencionada norma, lo es en su parte inicial, cuando indica que *“La fecha cierta del documento público es la que aparece en su texto”*, que para el presente caso corresponde al 9 de marzo de 2020.

Tampoco resultan aplicables las reglas invocadas según lo previsto en el artículo 317 del Código Procesal Penal en su parágrafo segundo respecto de las causales de libertad 4 y 5, ya que el escenario procesal que en el sub examine se analiza corresponde a la determinación de la fecha de estructuración del preacuerdo para determinar las reglas jurisprudenciales aplicables y no se encuentra en discusión si procede o no el otorgamiento del derecho a la libertad por vencimiento de términos, cuando además para esos efectos también puede estar en discusión, la suspensión de los mismos al mediar un preacuerdo ya estructurado con la Fiscalía y que por diferentes circunstancias no haya sido aún presentado ante el Juzgado de conocimiento como ocurrió inclusive para el año 2020, con ocasión de la pandemia derivada por el Covid-19, y que en Colombia como hecho notorio dio lugar al confinamiento necesario precisamente para el mes de marzo de 2020.

Por lo anterior, considero que para el caso no eran aplicables las reglas fijadas en las sentencias de la Sala de Casación Penal del 24 de junio de 2020, radicado 52227 y 19 de agosto del mismo año radicado 54039, razón por la cual, de no ser por el error en la tasación de la pena de multa, el preacuerdo debía aprobarse.

Dejo así expuestos los puntos específicos de mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Blanca Lidia Arellano Moreno', is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive.

Blanca Lidia Arellano Moreno Magistrada