

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

**PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – Distinción si la variación tiene o no base factual de fundamento.**

**PREACUERDOS – DEBERES DE LA FISCALÍA: Observancia de las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.**

**PREACUERDO CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA CON BASE FACTUAL – DISCRETIONALIDAD REGLADA DE LA FISCALÍA: Si se reconoce una figura que conlleva una rebaja en la punibilidad se debe contar con un mínimo de evidencias probatorias para así concederlo y no pueden pactarse acuerdos que contengan desbordados descuentos punitivos.**

**PREACUERDOS – CONTROL JUDICIAL: Verificación del mínimo de prueba y que el beneficio no sea excesivo o desproporcionado, a efecto que no sea contrario a la necesidad de aprestigiar la justicia.**

**PREACUERDO CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA CON BASE FACTUAL – CONTROL JUDICIAL: Verificación que la pena que se ha pactado se encuentre dentro de los límites de la legalidad.**

**PREACUERDO CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA CON BASE FACTUAL - ESTADO DE NECESIDAD: Su reconocimiento como derecho exige el cumplimiento de los requisitos legales.**

**PREACUERDO CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA CON BASE FACTUAL – Improbación.**

(...) los criterios que establece la jurisprudencia con miras a regular la forma de negociación en armonía con las finalidades establecidas en la norma citada deben ser no solo de buen recibo sino también de aplicación inmediata, por ser una importante regla que orienta, tal es el caso que el fiscal no puede crear tipos penales como lo dijo la Corte Constitucional en C-1260 de 2005 para ello debe respetar el núcleo fáctico establecido que constituye los hechos jurídicamente relevantes; y en la sentencia SU 479 de 15 de octubre de 2019 se itera el sometimiento para el fiscal a la Constitución, a la ley y a las directivas emitidas, que aquel principio de aprestigiamiento de la justicia no es una simple manifestación y que por ello la fiscalía en los preacuerdos debe tener como límites los hechos y la adecuación correspondiente.

(...)

necesidad de un mínimo de elementos que tiendan a demostrar la situación planteada lo que permitió a la Sala de Casación Penal de la CSJ reiterar aquella exigencia con lo cual se hace una diferencia entre el control material que se encuentra prohibido y la verificación de ese mínimo probatorio que resulta una exigencia para la procedencia del preacuerdo.

(...)

Al hilo del preacuerdo propuesto que se ha señalado con base factual se ha procurado demostrar una situación de estado de necesidad para conceder el exceso en tal instituto y de esa manera reflejar este cambio de la calificación jurídica en la pena que se ha acordado.

(...)

Si lo pretendido era demostrar el estado de necesidad, con ninguno de estos elementos materiales se puede deducir que estaba ante tal figura y que su situación era tan precaria que no tenía dinero, que su familia estaba pasando muchas necesidades y que su única salida era realizar aquel viaje para transportar la sustancia ilegal lo que le representaba un dinero (...) Es por lo que al no tener un mínimo de existencia del instituto del estado de necesidad no es posible hablar de proporcionalidad para de allí determinar el exceso en que se ha obrado y hacerse acreedor al beneficio punitivo que ha sido acordado.

(...)

se trata de un preacuerdo con base factual, era por lo que se debía presentar un mínimo probatorio de aquella situación que cambia la calificación jurídica imputada que también propuesta en la formulación de acusación para lo cual fue determinante la ubicación de unos hechos jurídicamente relevantes, pero con el material allegado no es posible variar aquel núcleo fáctico y por ende variar la adecuación típica inicialmente realizada.

(...) bajo esta modalidad de preacuerdo con base factual la rebaja resulta desbordada por el momento procesal que se adelanta (...)

**Magistrado Ponente** : Dr. Héctor Roveiro Agredo León  
**Proceso N°** : 520016116211201881116-01  
**Número Interno** : 27285  
**Conducta Punible** : Tráfico de estupefacientes  
**Acusado** : HO  
**Decisión** : Auto confirma  
**Aprobado** : Acta No. 122 de 7 de junio de 2022

San Juan de Pasto, trece de junio de dos mil veintidós  
(Hora: 00:09 a. m)

## **I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el delegado del ente acusador y el defensor contractual en contra del Auto de 19 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, que improbió el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado HO, en esta actuación penal que se sigue por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefaciente.

### **1. Los hechos**

De conformidad con lo expuesto en el escrito de acusación se sabe que tuvieron ocurrencia el 1º de agosto de 2018 en la vereda cebadal kilómetro 64+700 del municipio de Tangua (Nariño) aproximadamente a las 11:40 horas, vía Pasto Ipiales, cuando agentes de la policía que realizaban un retén dan señal de pare a un camión marca HINO, color blanco, modelo 2015, servicio público, de placa SEY 197 conducido por JCA y como tripulante HO, al revisar la carga de forma oculta trasportaban 713 paquetes rectangulares cubiertos en plástico transparente que contenían una sustancia vegetal que por las características es similar a la marihuana, luego de la prueba de identificación preliminar homologada se tiene que es

positivo para dicho estupefaciente en un peso neto de 356.500 gramos, por lo que se da captura a los mencionados en situación de flagrancia.

## **2. Antecedentes procesales**

2.1. El día 2 de agosto de 2018, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tangua (N) con función de control de garantías, se realizan las audiencias de legalización de captura, legalización del automotor, la audiencia de formulación de imputación donde se señala la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes del artículo 376 inciso primero, que conlleva una pena de 128 a 360 meses de prisión y multa de 1334 a 50 mil salarios mínimos, con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 5 con ocultamiento y numeral 10 por la coparticipación criminal, en calidad de coautores, verbo rector transportar, modalidad dolosa, cargos a los que no se allanaron los imputados. Le fue impuesta medida intramural a HO.

2.2. Se presenta el escrito de acusación el 19 de septiembre de 2018 y la audiencia de formulación de acusación se realiza el 15 de marzo de 2019 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, la que se lleva a efecto en contra de los dos capturados JCA y HO, y se realiza el descubrimiento de los elementos materiales con que cuenta la FGN; cuando se iba a realizar la audiencia preparatoria el 22 de octubre de 2019 se indica que se ha llegado a un preacuerdo con el acusado O y que se adelantará una petición de preclusión en favor de AL, por lo que se rompe la unidad procesal. Debe decirse que dicho preacuerdo fue improbadado el 11 de junio de 2020 y el proceso penal pasa al Juzgado Segundo Penal del Circuito ante la manifestación de impedimento realizada por la Juez del despacho citado. El día 28 de septiembre de 2020 se reanuda la audiencia

preparatoria, pero es aplazada, luego los días 1 de marzo y 3 de agosto de 2021 se realiza la presentación de un nuevo preacuerdo, en similares condiciones sin base factual a las que ahora se analiza, el cual es improbadado el 9 de septiembre de aquella anualidad, se interpone el recurso de reposición por la fiscalía y la defensa, no se repone se acuerda continuar la audiencia el día 5 de octubre y vuelve a improbar al parecer otro preacuerdo; el 4 de noviembre se presenta nuevo preacuerdo.

El preacuerdo al que se alude fue presentado por la fiscalía<sup>1</sup> en la que se indica que HO acepta ser responsable penal del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes del artículo 376 inciso 1º del código penal y se concede la aplicación del artículo 32 # 7 del mismo código, como convenio con base factual, respecto del estado de necesidad para pactar una pena de 50 meses de prisión y multa de 223 salarios mínimos, luego se relaciona los elementos materiales de prueba<sup>2</sup>, finalmente solicita se apruebe el preacuerdo, que se reconoce el estado de necesidad como beneficio, no como derecho<sup>3</sup>. De la exposición de la fiscalía se da traslado a la defensa quien coadyuva la petición y da lectura a algunos elementos materiales<sup>4</sup>. Se hace examen al procesado y se explica lo pertinente en cuanto al preacuerdo (Récord 1:50:37).

Suspendida la diligencia en la fecha antes indicada, continúa el día 19 de enero hogaño, en donde se imprueba el preacuerdo por parte del A quo.

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

---

<sup>1</sup> Carpeta 56EMPFiscalia. Archivo 8

<sup>2</sup> Minuto 11:19 audiencia de 4 de noviembre de 2021

<sup>3</sup> Récord 1:21:20 audiencia de 4 de noviembre de 2021

<sup>4</sup> Minuto 1:23:40 audiencia de 4 de noviembre de 2021

Previo a adoptar la decisión del caso, la primera instancia se ocupó de memorar las actuaciones surtidas en las diligencias anteriores y recordó los términos del preacuerdo presentado por las partes.

Trajo a colación que la fiscalía afirmó contar con base factual para viabilizar el preacuerdo, pasando a enunciar los elementos materiales probatorios aportados para el efecto; claro ello, indicó que con base a providencias emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, existe un criterio que orienta las exigencias cuando el convenio tiene una base factual como en el caso se presenta, y cuando no se cuenta con dicho aspecto, citando lo que sobre la temática ha dicho la Sala Penal de éste tribunal.

En el punto de las consideraciones del caso concreto, recordó los hechos que motivaron la investigación, y que el procesado le fue imputado en calidad de coautor la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, con una pena que oscila entre los 128 y los 300 meses; así mismo, que, en los términos de la negociación, se reconoció como beneficio del procesado la causal 7 del artículo 32 del CP, de lo que devino la pena de prisión que establecieron las partes de 50 meses de prisión y multa de 233 salarios mínimos mensuales legales vigentes, más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal.

Explica el juzgador que bajo su criterio, el preacuerdo, en los términos en que se presentó, no debe prosperar; para el efecto, señala que es necesario preguntarse si se está en exceso de la hipótesis contemplada en el numeral arriba referenciado.

Indica que es necesario preguntarse cuál fue el derecho que fue necesario proteger ante el peligro actual o inminente, resaltando que en el caso no se ha indicado de manera puntual para así proceder a su verificación.

Señala que la fiscalía, de la mano con la defensa, hizo alusión a unos elementos con los que se trata de soportar la negociación con base factual, empero, encuentra que dichos elementos en realidad pueden dar cuenta de otra figura y no de la que se ha invocado en el preacuerdo.

En ese sentido, consideró que se está frente a una rebaja desproporcionada, que no respeta los límites de los eventos en los que se está frente a capturas en flagrancia o cuando ya se está próximo a celebrar audiencia preparatoria, recordando que en el caso, cuando se presentó el preacuerdo se había citado para dicha diligencia, pues, para la de prisión se establece una pena que no es ni la mitad de la pena mínima del delito endilgado, y que la de multa, sólo corresponde a 1/6 parte del monto más bajo establecido.

Reconoce, con base jurisprudencial, que la Ley 906 de 2004 trae diferentes clases de beneficios por colaboración, pero deja claro que en todos existen límites que deben ser tenidos en cuenta por las partes.

Finalmente indicó que, pese a que la fiscalía alegó estar frente a un preacuerdo con base factual, los elementos materiales probatorios no dieron cuenta de la misma, por lo que resolvió improbar el preacuerdo presentado por las partes.

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

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

La delegada del ente acusador disintió la decisión de primera instancia indicando que dentro de los elementos materiales probatorios allegados al despacho se encuentran no solo los mencionados en la decisión sino todos los documentos contentivos de que la decisión de colaboración se presentó incluso antes de formular acusación.

Explica que es diferente que la negociación sólo se haya podido lograr con posterioridad a esa diligencia, esto no por falta de voluntad de las partes sino por el cúmulo de trabajo con el que se cuenta, por lo que el análisis de la primera instancia fue desafortunado al no tener en cuenta dichos aspectos.

Indica que el preacuerdo se hizo con base factual y que está demostrado el mal estado del procesado, y que aquel se encontraba a cargo de su madre, aspecto que tampoco se analizó por el juzgador.

Señaló que el preacuerdo se hizo con base factual y que se demostró el mal estado del procesado, quien se encontraba a cargo de su madre, y que fueron situaciones derivadas en ese entorno, incluso relacionadas con la salud de su progenitora, que lo conminaron a cometer el injusto, de ello que se derive el exceso.

Manifestó que no es necesario demostrar el estado de necesidad, pues en tal evento ya no se estaría frente a un beneficio sino a un derecho, indicando que se ha demostrado que las condiciones sociales, familiares y de salud de su progenitora estaban comprometidas, aspectos que debieron valorarse y no se hizo por parte de la primera instancia, pues se limitó a citar jurisprudencia.

Arguye que conoce el precedente jurisprudencial y explica que pese a que si bien se impone unos límites, en el caso la rebaja concedida se encuentra dentro de los márgenes legales, pues, de haber acudido a la figura acordada como beneficio, la pena a imponer hubiera oscilado entre los 18 y los 180 meses.

En ese orden indica que se está imponiendo una pena de 50 meses, esto es, sobrepasando los márgenes arriba indicados, insistiendo en el hecho de que el procesado manifestó desde un inicio, incluso con la captura, el deseo de colaborar, y que fueron los términos procesales los que impidieron que el preacuerdo se presentara con mayor celeridad.

Invita a que se haga un análisis sistemático del asunto, no solo para la interpretación de normas sino para la verificación de los procesos.

Finalmente insistió en el hecho de que con los elementos aportados se soportó la base fáctica y que no está frente a una rebaja desproporcionada, por lo que solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se imparta aprobación al preacuerdo.

#### **4.2. La Defensa como recurrente**

La defensa del procesado, también inconforme con la decisión de primera instancia, la recurre señalando que, conforme lo sostuvo la señora fiscal, su prohijado ha venido colaborando con la justicia, esto de manera efectiva en tanto que llevó a desarticular una banda a la que él no pertenecía.

Afirmó que incurrió en el injusto debido a un estado de necesidad que vivía junto a su madre y sus dos hijos, de ello que en el mismo momento de la captura brindara información para colaborar señalando a los dueños de la mercancía, así como de cuál era la red de tráfico de estupefacientes a nivel interdepartamental e incluso internacional, empero, aclara que ha sido una deficiencia en los investigadores lo que ha llevado a que no se haya llegado a la desarticulación con la información brindada, esto, incluso exponiendo su vida, estando frente a una falla del Estado.

Aludió a la cuantificación de la pena para señalar que se había fijado en 50 meses, por lo que no se puede hablar de una desproporcionada rebaja, pues se está por encima de la mínima que es de 18 meses.

Indicó que su prohijado fue utilizado, que es una persona débil y que fue el estado de necesidad lo que lo llevó a hacer cualquier cosa para sobrevivir, pues así ha estado desde su nacimiento, pues su madre tiene una condición económica paupérrima y su padre lo abandonó a corta edad.

Manifiesta que los elementos aportados dan cuenta de la situación en reseña y que aquel tuvo que ponerse al frente del hogar para sostenerlo; trajo a colación que en su momento el procesado fue consumidor, y que, tuvo dos hijos, que se encuentran a su cargo pues su madre los abandonó, siendo que, en la actualidad, ante la reclusión de su padre viven de la voluntad de los vecinos.

Hizo alusión a las condiciones de salud de la progenitora del procesado y trajo a colación declaraciones en las que se indica que aquel estuvo trabajando en la ciudad de Cali cargando bultos en un mercado y donde el mismo procesado relata sus condiciones de vida.

Afirma que tales elementos, juntos con otros, no fueron tenidos en cuenta por el juzgador por lo que solicita que la segunda instancia si lo haga.

#### **4.3. Ministerio Público como no recurrente**

En delegado del Ministerio Público se pronuncia como no recurrente señalando que, de conformidad con la jurisprudencia citada por la primera instancia se modificó la forma de preacordar para todos, existiendo dos modalidades, pasando a explicarlas.

Abordando el caso concreto, recordó que la fiscalía y la defensa afirman que el procesado desde un principio manifestó su deseo de colaborar con la justicia, y que el último incluso afirmó que se había prestado colaboración efectiva desde el momento mismo en que se produjo la captura. En el punto, indica que, ante el suministro de esa información, es la fiscalía la que ha incumplido con el deber de investigar y encontrar a las cabezas de las organizaciones criminales, pero no se está frente a una responsabilidad por parte de la judicatura.

Seguido a ello aludió a la forma en la que se presentó el preacuerdo en el caso, esto es, con base factual, señalando que para acreditarla, se requiere sólo un mínimo probatorio, mas no su demostración, tal y como lo alega la fiscalía, empero, deja claro que la delegada del ente acusador, aun cuando debe hacerse en esa modalidad de preacuerdos, omitió ajustar los hechos jurídicamente relevantes, pues, ya no pueden ser los mismos que sirvieron para la acusación, sino que deben incluirse otros aspectos que permitan edificar el exceso en la causal de justificación.

Al margen de lo anterior, indica que el estado de salud de la madre del procesado, sobre el cual se edifica ese estado de necesidad, no se encontraba en riesgo, pues estaba siendo atendida en una institución hospitalaria, pues cuenta con afiliación al régimen subsidiado, por lo que esa garantía estaba siendo satisfecha.

Indicó que la fiscalía invita a que se haga un análisis sistemático, empero, al omitir ajustar los hechos jurídicamente relevantes, no puede procederse de esa manera.

Continuando con lo dicho por la señora fiscal, indicó que, si bien se hizo alusión a la situación económica, no se justificó el estado de necesidad.

Finalmente indicó que se compartían los argumentos de la primera instancia, por lo que solicitó la confirmación de esa decisión.

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

### **1. Competencia.**

Esta Sala de decisión penal tiene la competencia para asumir el análisis y fallo respecto del recurso de apelación que por las partes se ha interpuesto contra el Auto de fecha 19 de enero de 2022 emanado del Juzgado Segundo Penal del Circuito 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 la figura procesal concedida en el preacuerdo que corresponde a un preacuerdo con base factual cuenta con los elementos materiales probatorios suficientes y por tanto debe revocarse la decisión, o si contrario a lo afirmado por las partes, no se ha logrado el tamiz requerido con los medios de demostración y por tanto debe confirmarse la decisión.

### **3. De los Preacuerdos conforme la jurisprudencia.**

El sistema procesal penal acusatorio que nos rige y mediante el cual se procura realizar la reconstrucción de la situación fenomenológica ocurrida tiene varias formas de terminación, la regla general es que mediante el procedimiento ordinario se pueda llegar a la sentencia después de haber arrojado suficiente cantidad de medios de convicción que den sustento a la decisión; pero existen otras formas de terminación que pueden llamarse abreviadas o anticipadas por cuanto se llega a un fallo final sin que se haya recorrido todos los pasos del procedimiento normal, aquí están los allanamientos a cargos y los preacuerdos; y también puede terminar la investigación penal por la vía de la preclusión o del archivo.

Para nuestro caso nos interesa lo relacionado con los preacuerdos, que son manifestaciones de voluntad de las partes en cuanto dentro del principio de legalidad se conviene la utilización de una figura que se refleja en una rebaja en el quantum punitivo a cambio que el indiciado, imputado o acusado acepte la responsabilidad penal por el comportamiento delictual que se adelanta el proceso penal.

La filosofía que inspira los preacuerdos radica en el beneficio que aquel va a representar para el ente instructor en celeridad dado que

un evento del cual no tiene la plena demostración de los elementos que conforman la conducta punible, mediante esta figura se considera acopiados, por lo cual a cambio debe ofrecerse una rebaja en la pena a imponer con la utilización de alguna de las formas posibles de llegar a ese convenio. Se ha dicho que cuando la fiscalía tiene en sus elementos materiales la forma de demostrar la totalidad del delito no es dable acudir a dicho modelo, tesis que en la práctica no se cumple.

De la misma manera cuando existe una colaboración eficaz para la desarticulación de la organización delictiva a la cual pertenece puede acudirse a un preacuerdo, aunque mayor utilidad en estos eventos se da con la figura del principio de oportunidad, recordemos que la potestad de renunciar a continuar con la investigación penal está radicada en cabeza del fiscal por encargo constitucional<sup>5</sup>, pero finalmente lo que se procura es que de manera célere, y eficaz se pueda llegar a cumplir con el mandato de una pronta administración de justicia.

No obstante, tal potestad no significa la desmedida y desbordada concesión de beneficios que es a lo que hoy le apuesta la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, en procura de una verdadera justicia y no la impunidad, y que de forma visionaria se había aludido en época anterior que estos excedidos descuentos no aprestigiaban la justicia, así se señala en el radicado 27759 del 12 de septiembre de 2007:

*“Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica*

---

<sup>5</sup> Artículo 250 Carta Política

*con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.*

*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.**” (Negrillas del texto)*

Ergo, lo que se pretende es dar cumplimiento a los preceptos legales de la justicia penal, la finalidad establecida en el artículo 348 de la Ley 906 del 2004 que dispone:

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

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

Por tanto los criterios que establece la jurisprudencia con miras a regular la forma de negociación en armonía con las finalidades establecidas en la norma citada deben ser no solo de buen recibo sino también de aplicación inmediata, por ser una importante regla que orienta, tal es el caso que el fiscal no puede crear tipos penales como lo dijo la Corte Constitucional en C-1260 de 2005 para ello debe

respetar el núcleo fáctico establecido que constituye los hechos jurídicamente relevantes; y en la sentencia SU 479 de 15 de octubre de 2019 se itera el sometimiento para el fiscal a la Constitución, a la ley y a las directivas emitidas, que aquel principio de aprestigiamiento de la justicia no es una simple manifestación y que por ello la fiscalía en los preacuerdos debe tener como límites los hechos y la adecuación correspondiente:

*“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 celer 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<sup>171</sup> 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.”*

Dicho pronunciamiento explicó además la necesidad de un mínimo de elementos que tiendan a demostrar la situación planteada lo que permitió a la Sala de Casación Penal de la CSJ reiterar aquella exigencia con lo cual se hace una diferencia entre el control material que se encuentra prohibido y la verificación de ese mínimo probatorio que resulta una exigencia para la procedencia del preacuerdo, como se consagra en el artículo 327 del código adjetivo penal.

Respecto a las facultades que tienen las partes al momento de la negociación, la CSJ en su Sala Penal profiere las sentencias SP2073 de 24 de junio radicado 52227 y SP 3002 de 19 de agosto radicado 54039 de 2020, que toman como base la SU 479 de 2019 citada, fallos que fijan criterios claros y se expone que asumida la investigación por un hecho que revista características de delito se trata de una hipótesis factual que con el progreso de la investigación puede tener cambios ello unido a que la labor investigativa la realiza tanto el ente constitucionalmente facultado como también la defensa quien puede recaudar elementos que lleven a otra demostración, es por lo que se habla de un cambio en la calificación jurídica producto de este actuar o con base probatoria; también indican la providencias señalan que como producto de los preacuerdos puede presentarse no concretamente una variación de la calificación jurídica, sino la utilización de una figura procesal con el único propósito de obtener una rebaja en la punibilidad de lo cual la aceptación de responsabilidad penal será por el cargo imputado, se señala que aquí no hay discrepancia entre los hechos y la calificación jurídica, sino en la cantidad de pena que es donde el Juez debe estar atento para evitar que se presenten descuentos desbordados para ello debe tenerse en cuenta el momento procesal en el que se suscribe el preacuerdo.

Respecto del cambio de calificación jurídica con base probatoria en la citada providencia SP3002 del 19 de agosto de 2020 en radicado 54039 dijo la Corte:

*“Igualmente se ha aclarado que en virtud del carácter progresivo de la actuación la Fiscalía puede introducir algunos cambios a las premisas fáctica y jurídica incluidas en la imputación, los que, incluso, pueden resultar favorables al procesado, pero en todo caso: (i) cuando esas modificaciones se presentan como “ajustes a la legalidad” y no como*

*beneficios otorgados a cambio del sometimiento a una condena anticipada, están sometidas a las reglas generales de la imputación y la acusación, entre las que se destacan la obligación de expresar con claridad los respectivos hechos jurídicamente relevantes y la constatación del estándar de conocimiento previsto en los artículos 287 y 336; (ii) aunque los jueces no pueden controlar materialmente dicha actuación de parte, al momento de decidir sobre la viabilidad de la condena deben verificar que la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador y que frente a ese referente factual se cumple el estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 –en los casos de terminación anticipada-; y (iii) sin perjuicio de la obligación de constatar que no se han violado los derechos del procesado o de cualquier otra parte o interviniente (CSJ SP 11 dic. 2018, rad. 52.311; CSJ SP 5 jun. 2019, rad. 51.007, entre otras).”*

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

Los hechos dan cuenta que dos personas son capturadas cuando trasportaban en un camión gran cantidad de marihuana en medio de frutas; no quedó claro quien contrató al conductor ello refulge de los interrogatorios<sup>6</sup> presentados por los mismos, el aquí acusado señala que lo contrata JJC y el conductor indica que es HO; indican no conocerse pero deciden viajar y que desde Popayán Cauca hasta el Tablón Nariño conduce el automotor O, quien relata que como venía un carro acompañante les informaba de retenes y esperaban para que otros automotores pasaran primero no ellos y así evadir la requisita, anejo a que la sustancia estaba colocada debajo de las cajas de piña que trasportaba el automotor, pero debe decirse que la situación jurídica de AL ya se encuentra definida con preclusión del 22 de octubre de 2020 como lo informó la fiscal.

---

<sup>6</sup> Carpeta 56EMPFiscalia archivo3

Se indica que el 1º de agosto de 2018 aproximadamente a las 11:40 horas cuando se desplazaban por la vereda Cebadal del municipio de Tangua son aprehendidos trasportando 356.500 gramos de marihuana en paquetes rectangulares con cobertura plástica ocultos en el cargamento de piña que llevaba aquel automotor. El escrito de acusación se presenta el 19 de septiembre de 2018, pero la audiencia se realiza el 15 de marzo de 2019. Importantes las anteriores fechas por cuanto a partir de ellas es que se empieza la actividad investigativa en cuanto a interrogatorios y otros elementos de prueba.

Se itera, el escrito de acusación contentivo de los elementos materiales probatorios que vislumbran el sustento probatorio del ente acusador ya se encontraba definido, es por lo que se ha concretado unos hechos jurídicamente relevantes que se adecua a un comportamiento penal previamente definido por el legislador, por lo que por regla general habría cesado para la fiscalía la posibilidad de continuar investigando.

Lo anterior tiene connotación en cuanto que solo antes de la realización de la audiencia preparatoria es que empieza la recolección de elementos por las partes con miras a llegar a un preacuerdo, y que parte del interrogatorio del indiciado<sup>7</sup> HO realizado el 16 de octubre de 2019 cuando decide renunciar a su derecho a guardar silencio y expone que quien le ofreció realizar tal viaje a dejar sustancia vegetal es JJC, persona que además de sus actividades de taxista también trafica con estupefacientes, pero desde ya debe decirse que esta información fue desdeñada por el ente instructor, que pasados dos años y medio no ha adelantado pesquisa alguna, ni siquiera para comprobar que lo dicho por el acusado resulta real, que el sujeto existe o se encuentra vivo, no hay una prueba que indique

---

<sup>7</sup> Carpeta 56EMPFiscalia archivo3

que se ha adelantado investigación alguna, ello en cuanto a la llamada colaboración eficaz, de la cual no se puede decir que tan valiosa sea y que es un aspecto que corresponde verificar al ente instructor como representante del Estado y con la potestad Constitucional que se le ha conferido.

Como bien lo expresó el agente del Ministerio Público, al existir una acusación ya efectuada y en tratándose de un preacuerdo con base factual, son los hechos jurídicamente relevantes los que se deben adecuar a la nueva situación que se dice se ha demostrado, sin que ello ocurriera en el presente evento.

Al hilo del preacuerdo propuesto que se ha señalado con base factual se ha procurado demostrar una situación de estado de necesidad para conceder el exceso en tal instituto y de esa manera reflejar este cambio de la calificación jurídica en la pena que se ha acordado. De conformidad con el artículo 32 numeral 7 del código penal que establece: Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. Doctrinariamente<sup>8</sup> se ha indicado que son requisitos de esta importante figura: (i) Necesidad de proteger un derecho propio o ajeno; (ii) Que existe un peligro actual o inminente e inevitable; (iii) Que el agente no haya causado el peligro de manera intencional o imprudente; (iv) Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo; y (v) Que haya proporcionalidad entre el peligro corrido y el daño causado.

---

<sup>8</sup> Alfonso Reyes Echandía. Derecho Penal Parte General. 11 edición Edit. Temis páginas 161 y 162

El estado de necesidad indica la absoluta condición de obrar en favor de la misma persona o de un tercero causando daños a otros bienes jurídicos de otras personas, lo cual implica que inexorablemente el sujeto activo no tenía otra forma de actuar para salir triunfante de su situación, en conclusión, solo tenía esta forma de obrar, no había otras. Debe haber un peligro que está sucediendo o está por suceder que resulta amenazante, imposible de eludir que solo afrontándolo se puede superar con afectación a otros intereses, se debe obrar antes que el daño se consume, claro por cuanto pasado el peligro desaparece el estado de necesidad. Ahora el peligro no puede ser causado, no puede ser producto del querer del sujeto activo. Debe haber proporcionalidad entre peligro persistente y daño causado dado que la figura del estado de necesidad es exonerante de responsabilidad de ahí que al desequilibrarse esta proporcionalidad es cuando se presenta el exceso que si resulta punible de una forma muy benévola.

Entendida la figura a la cual acuden las partes para obtener el preacuerdo, veamos si con los elementos de prueba se puede indicar que mínimamente existe demostración de la desproporción causada para obtener una pena tan liviana en el presente caso.

El primer elemento que se va a analizar se trata del interrogatorio tantas veces mencionado del acusado realizado el 16 de octubre de 2019, que va en contravía de la entrevista ofrecida al defensor el 2 de agosto de 2018, por cuanto como ya se expuso lo manifestado es que se trata de señalar también como coautor a JJC de quien se dice es la persona que envía la sustancia, que por medio de su esposa le envía un dinero, pero que hace el señalamiento por cuanto lo abandona, que de no haber sucedido así purgaría la pena respectiva. Respecto del interrogatorio de JCAL tampoco aporta nada para los

fines del preacuerdo. De lo cual se puede concluir que estos primeros elementos no demuestran una situación de estado de necesidad.

Los elementos materiales proporcionados por la fiscalía y que hacen parte de la investigación desde el 1º de agosto de 2018 que se presenta la captura de los mencionados y la incautación de la sustancia, que obran en la carpeta denominada 56EMPFiscalía en el archivo 5 solo dan cuenta de aquella situación, derechos de captura, arraigo, identificación de la sustancia, determinación de su pesaje, álbumes fotográficos de la ubicación de la sustancia en el automotor, del automotor, de la cantidad de sustancia en paquetes, antecedentes de los acusados y de la destrucción de la misma, identificación de los vinculados, identificación del automotor, solicitud de entrega, entrevista a HO del 2 de agosto de 2018 de la cual ya se ha hecho mención, documentos que tampoco nos determinan la existencia de un estado de necesidad.

En cuanto a los documentos recolectados por la defensa en su labor investigativa a través de su investigador, se allega la entrevista a la señora BNOC, tomada 14 de octubre de 2020, madre del acusado, señala que padece de diabetes, hipertensión y tiroides, que su hijo es quien la cuida y la ayuda, que en el momento se encuentra sin recursos que ha aguantado hambre, ha pedido y que no tiene para pagar el arrendamiento, indica que su hijo tiene estudio de primaria porque no pudo darle más estudio, y no hay otra persona que la ayude. Se procura indicar un arraigo del acusado en el municipio de Candelaria Valle junto a su madre, se allega una factura de servicios públicos al parecer de acueducto, poco legible, a nombre de AO de la ..., una fotografía del frente de una casa que se dice ubicada en el municipio ya mencionado, el registro civil de nacimiento del acusado, una orden de medicamentos de la señora BN, un carné de diabetes

mellitus a efectos del control de ella y un documento de niveles de glicemia.

La manifestación de la madre del acusado en su entrevista solo permite comprender la difícil situación de una persona de más de 65 años de edad, a la fecha, que al parecer está sola y sorteando su vida cuando presenta algunas patologías que aún le permiten deambular como parte de su convivencia y que tiene un servicio de salud que le proporciona los medicamentos.

No hay una historia clínica o conceptos médicos o periciales o EMP que permita demostrar las enfermedades, solo lo que aparece consignado en una orden para recibir medicamentos. Los demás documentos para los fines que se analizan no aportan nada.

Al momento de la intervención por parte de la defensa hace mención a una entrevista a FEMÁ<sup>9</sup>, la que fue recibida el 9 de octubre de 2021, indica ser vecino del acusado y de su progenitora, a quienes su familia en ocasiones ayudaba porque son de escasos recursos, pero a la par señala que HO siempre se orientó en tener trabajo para solventar los gastos de su casa, agrega que invitaba al entrevistado a realizar trabajos en el mercado de Cali y que luego de capturado se ha afectado la madre por tal situación y que es difícil la situación económica de ella ahora.

Se trata de una información que da cuenta que el señor HO siempre buscó trabajo para atender las necesidades económicas de su madre, al dicho de este entrevistado, y que ocasionalmente su familia le dio alguna ayuda, pero reitera que el acusado es trabajador al extremo que lo invitaba a laborar descargando camiones con fruta.

---

<sup>9</sup> Carpeta 56EMPFiscalia Archivo 6

La defensa vuelve a presentar la entrevista a la madre de HO del 14 de octubre de 2020 y la documentación de la que ya se ha aludido relacionada con el arraigo en el municipio de Candelaria Valle, elementos finales que presentó la fiscalía. Anejo a ellos da lectura a un escrito enviado por HO el 28 de febrero de 2021 al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto en el que hace una radiografía de su vida e indica que vivía en unión libre hasta poco antes de su captura, que su madre lo lleva a vivir a Cali desde los 8 años, su madre era empleada doméstica por lo que creció solo en el barrio Siloé, que estaba a punto de culminar la secundaria se dedica a trabajar para no ser una carga para su madre, luego conoce una dama con la que forma un hogar tienen dos hijos, debe esforzarse trabajando para sostener su familia, que debido a la ruptura sentimental recae en el vicio y su familia lo abandona, señala que su madre lo abandona. Luego consigue trabajo con el amigo dueño de taxis, se da cuenta de la ilícita procedencia de los recursos y ante la propuesta de tener posición económica mejor como la de su amigo, decide realizar el viaje a Ipiales a sabiendas de la sustancia que estaba trasportando. Reconoce que se equivocó, que ha colaborado y quiere ahora vivir bien su vida al lado de su madre y su hijo, y que le ha dado más cabida a Dios en su vida.

Lo primero que se advierte del contenido del escrito firmado por el acusado es que se encontraba trabajando en la empresa de taxis de quien manifiesta consideró su amigo, que ante una propuesta de acrecentar su poder económico acepta realizar aquel viaje hacia Ipiales desde Cali llevando la sustancia prohibida.

Es una manifestación que va en contravía de lo afirmado en documentos antes mencionados, señala que desde muy pequeño fue

llevado a Cali a vivir al barrio Siloé, entonces no resulta cierto lo dicho por la madre que fue llevado a Candelaria Valle, ni que decir por el contenido de la entrevista de FEM que también ubica a esta familia no en Cali, sino en Candelaria; no es cierto que solo hizo hasta primaria dijo ya iba a culminar bachillerato, con claridad suficiente indica que debido a su recaída en el vicio su madre lo abandonó, su familia lo abandona y es su supuesto amigo quien le da trabajo, es cuando anhela tener las ganancias mayores de las que percibe aquel sujeto con la actividad ilícita y acepta que se equivoca al tomar esta decisión.

Si lo pretendido era demostrar el estado de necesidad, con ninguno de estos elementos materiales se puede deducir que estaba ante tal figura y que su situación era tan precaria que no tenía dinero, que su familia estaba pasando muchas necesidades y que su única salida era realizar aquel viaje para transportar la sustancia ilegal lo que le representaba un dinero, que no se ha dicho cuánto. Estaba trabajando con los taxis de aquel sujeto que le endilga una actividad ilícita, claramente dijo que su madre lo había abandonado por tanto no estaba siendo el soporte de ella, por lo que no se avizora la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno que requiere la figura procesal para que sea reconocida.

Consecuentemente no existe demostrado un peligro que sea actual o inminente e inevitable, estaba como lo dice, saliendo de una decisión de acudir al vicio, laboraba y para tener más dinero decide tomar el camino hacia Ipiales, por lo que se trata de un acto voluntario cuando tenía muchas otras salidas como continuar laborando en la ciudad de Cali con los taxis, si había otra alternativa cuyo actuar era lícito.

Es por lo que al no tener un mínimo de existencia del instituto del estado de necesidad no es posible hablar de proporcionalidad para de allí determinar el exceso en que se ha obrado y hacerse acreedor al beneficio punitivo que ha sido acordado. Lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el exceso es extralimitarse en la causal por lo que se le debe dar un tratamiento especial pero inicialmente debe estar en los límites propios de la causal que alega<sup>10</sup>.

Como claramente se expuso, se trata de un preacuerdo con base factual, era por lo que se debía presentar un mínimo probatorio de aquella situación que cambia la calificación jurídica imputada que también propuesta en la formulación de acusación para lo cual fue determinante la ubicación de unos hechos jurídicamente relevantes, pero ello no ha sido posible con el material allegado no es posible variar aquel núcleo fáctico y por ende variar la adecuación típica inicialmente realizada.

Claramente se indicó producto del principio de progresividad de la investigación es posible que haya una readecuación de la calificación jurídica imprimida a estos hechos, pero lo que se ha encontrado es que la fiscalía no tiene otros elementos materiales distintos a los que le sirvieron para presentar la acusación y que la defensa ha procurado acopiar unos elementos en procura de un preacuerdo sin que hasta el momento cambien las circunstancias de modo, tiempo y lugar como se desarrollaron los hechos por los que se acusa a HO.

No existe **base probatoria** alguna en esta investigación que nos remita un cimiento relacionado con que el obrar fue bajo la mencionada figura que exonera la responsabilidad penal, la

---

<sup>10</sup> Radicado 19922 de 5 de mayo de 2004. M. P. Mauro Solarte Portilla

realización de los fácticos tiene claridad en la forma como se ejecuta con voluntariedad sin presión alguna, no existe un asomo que indique la urgencia en ese obrar, un peligro ante la carencia de recursos es por lo que **con el material probatorio allegado no se sustenta la figura** del exceso en la causal 7 del artículo 32 del código penal.

Por ello le asiste la razón a la primera instancia en que bajo esta modalidad de preacuerdo con base factual la rebaja resulta desbordada por el momento procesal que se adelanta y que como se ha dicho no se tiene ningún resultado sobre la validez de la información suministrada, se itera ha pasado dos años y medio sin que se haya iniciado una investigación para comprobar que lo dicho por el acusado resulta cierto.

Colofón de lo expuesto, no hay sustento probatorio así sea mínimo de la figura utilizada para obtener un descuento significativo en esta forma de preacuerdo presentada por las partes, atenta contra los criterios expuestos por la jurisprudencia emitida por la Sala de Casación de la Corte, razonamientos que resultan importantes tenerlos presentes y claros al momento de elaborar los preacuerdos, la finalidad propedéutica siempre resulta valiosa.

En este orden de ideas, se debe confirmar el Auto de fecha 19 de enero de 2022 proferido en este proceso penal, que improbió el preacuerdo presentado entre la Fiscalía y el acusado.

Se debe devolver la actuación para que el *A quo* continúe con el trámite procesal correspondiente.

### **III. LA DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

1°. **Confirmar** el Auto recurrido de fecha 19 de enero de 2022 en este proceso penal que se adelanta por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente en contra de HO, que improbió el preacuerdo presentado por las partes, conforme la exposición de motivos realizada.

2°. **Regrese** el asunto a su lugar de origen, para que continúe el trámite que corresponde.

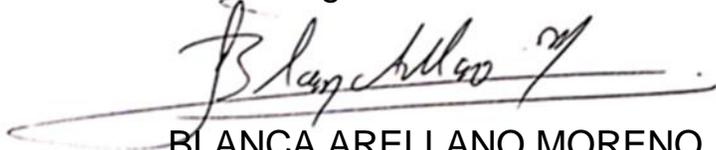
3°. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase,



0084

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN  
Magistrado Ponente



4118

BLANCA ARELLANO MORENO  
Magistrada



SILVIO CASTRILLÓN PAZ  
Magistrado



**JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ**  
**Secretario**