

PREACUERDO – Se imprueba porque la atenuación punitiva y la pena final pactada no se exhiben proporcionales.

“(…) En suma, por las cuestiones anotadas, para la Sala la atenuación punitiva y la pena final pactada no se exhiben proporcionales, porque las cantidades cuantitativamente relucen inferiores, por el momento procesal en que se presentan y porque no son conformes con el desarrollo estatal dado al asunto. Esto lleva a que se deba improbar el preacuerdo presentado en aras de que, si se insiste en la terminación anticipada del proceso, si bien la Judicatura está impedida para señalar y siquiera insinuar qué monto se ajustaría a dichos preceptos, las partes procesales puedan llegar a un punto de equilibrio que armonice en lo máximo posible los intereses enfrentados”.

APLICACIÓN PRECEDENTE – En el caso concreto, sí debieron aplicar al estar vigentes al momento de definir el asunto.

“(…) los precedentes proferidos en los radicados 52.227 del 24 de junio de 2020 y 54.039 del 19 de agosto de 2020 de la Corte Suprema de Justicia y en la providencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, son y deben ser aplicados a este caso .

(…) cuando tales sentencias prorrumpieron, el asunto ahora revisado no había sido definido. Así las cosas, la hermenéutica allí acogida, además de regir para los casos en esas oportunidades estudiados entró a operar para los procesos que a partir de allí se encontraran en curso, como este, por aquello de que su efecto es general e inmediato. Contrario a lo argüido por los no recurrentes, ello tiene justamente como propósito materializar el principio de igualdad, en la medida en que asuntos con connotaciones análogas a los precursores que sirvieron de sustento para la fijación de las reglas jurisprudenciales, deben ser fallados de pareja manera”.

PREACUERDOS – Categorización según sentencias 52.227 del 24 de junio de 2020 y 54.039 del 19 de agosto de 2020 de la Corte Suprema de Justicia y en la providencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional.

“Decantado entonces que es forzoso e irremediable que en el asunto se acuda a tales pronunciamientos judiciales, es necesario destacar que a partir de los radicados 52.227 y 54.039 del 19 de agosto de 2020, los preacuerdos pueden categorizarse en varios grupos; unos de ellos son los que de una u otra forma conllevan el cambio de calificación jurídica. Estos a su turno pueden bifurcarse en dos tipos: aquellos que cuentan con base fáctica y los que no. Dicha diferenciación no es meramente dogmática o académica, sino que para efectos prácticos es diametral hacerla, pues de ello dependen las cargas de las partes en la presentación del preacuerdo, particularmente de la Fiscalía, los controles o verificaciones que debe hacer el juez de conocimiento y las consecuencias que tales pactos tienen”.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente : Franco Solarte Portilla.
Asunto : Apelación auto aprueba preacuerdo
Delito : Tráfico de estupefacientes
Acusados : Aydé Herrera Alzate y otros
Radicación : 520016000000201900040-01 NI.30327
Aprobación : Acta No. 2021-085 (mayo 27 de 2021)

San Juan de Pasto, treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno

1. Vistos

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor agente del Ministerio Público en contra del auto dictado el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, mediante el cual aprobó el preacuerdo presentado por las partes procesales.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Conforme fueron verbalizados y aclarados por el instructor en la audiencia de verificación de preacuerdo, se recuenta que los señores JUAN DAVID DUEÑAS, AYDÉ HERRERA ALZATE, SEGUNDO PORFIRIO LÓPEZ PORTILLA, AURA MERY ANDRADE y dos personas más, se dedicaban al expendio de estupefacientes en el barrio San Carlos del municipio de Sandoná en el sector denominado “Los Chorros” y por el cual se conoce a la agrupación que ejecuta esa actividad con dicho remoquete, de la que aquellos hacían parte.

3. Resumen de la actuación surtida

Por tales hechos, en relación con JUAN DAVID DUEÑAS OJEDA, AYDÉ HERRERA ALZATE y SEGUNDO PORFIRIO LÓPEZ¹, el 22 de marzo de 2019 se celebraron ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sandoná con Funciones de Control de Garantías audiencias preliminares concentradas, en las que se legalizó la orden y el registro de allanamiento, la incautación surtida y las capturas; se imputó a los mencionados ciudadanos la coautoría a título de dolo del delito de tráfico de estupefacientes según el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal, bajo el verbo rector “vender” y se impusieron medidas no privativas de la libertad a DUEÑAS OJEDA y HERRERA ALZATE, no así a LÓPEZ PORTILLA, de quien el persecutor no pidió medida cautelar alguna. En la misma fecha y ante el mismo Juzgado, pero en diligencia aparte, se legalizó la captura con orden judicial de la señora MERA ANDRADE, se le atribuyó en calidad de autora el mismo punible y no se deprecó la imposición de medida de aseguramiento.

Como en dichos momentos procesales los imputados no aceptaron ese señalamiento, la Fiscalía presentó escrito de acusación por los referidos cargos, que le correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto. Sin embargo, estando programada la audiencia de formulación respectiva, el 10 de septiembre de 2019 dos procesados, distintos a los que concurren en esta alzada, admitieron vía preacordada la responsabilidad penal, con ocasión de lo cual ese Despacho dictó a la postre sentencia condenatoria el 24 de abril de 2020, además de que rompiera la unidad procesal.

En virtud de ello, las diligencias de los ahora acusados fueron remitidas al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto bajo el número matriz. En esa instancia, se emplazó a audiencia de formulación de acusación para el día 14 de septiembre de 2020, pero fue

¹ A dos personas más, además de dicho punible, la Fiscalía les atribuyó el delito de uso de menores en la comisión de delitos agravado.

aplazada a solicitud de la bancada de la defensa. El 29 de septiembre de 2020 Fiscalía y procesados en compañía de sus abogadas defensoras expusieron de manera verbal el preacuerdo suscrito, en virtud del cual, como mera contraprestación para fines de rebaja punitiva, se aplicó la figura prevista en el numeral 5º y en el inciso 2º del artículo 32 del Código Penal, relativa a haber obrado en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, en exceso, y se fijó la pena en 12 meses de prisión.

El Ministerio Público se opuso a la aprobación del pacto, empero, la Judicatura no prohió la postura del señor Procurador, y por lo contrario impartió su venia al consenso presentado.

4. La Decisión apelada

El Juez de primer nivel indicó como cierto que la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional y la emitida por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 52.227 fijaron nuevos lineamientos en materia de preacuerdos, pero enseguida destacó que el control material a las terminaciones anticipadas del proceso está vedado y solamente puede hacerse de manera excepcional frente a flagrantes vías de hecho; además dijo que ese control es distinto en comparación con el que se ventila en un proceso ordinario. Luego, remarcó que los procesados estaban plenamente identificados, que existía un mínimo probatorio para dar cuenta del punible cometido y que el beneficio concedido era legal.

Al respecto de esto último, recordó que la Fiscalía y la defensa hicieron saber el devenir procesal que el asunto ha tenido, puntualmente que desde vieja data existía la intención de preacordar de todos quienes fueron imputados el 22 de marzo de 2019, pero que debido a la inasistencia de los ahora acusados el pacto se cristalizó solamente en relación con dos personas que ya fueron condenadas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto. Elucidó que, si en esa oportunidad aquellos hubieran estado en la diligencia judicial, el mismo preacuerdo se hubiera fraguado para todos. Por esto, estimó imperativo

dar rienda al principio de igualdad, que hace forzoso que se dé el mismo tratamiento que recibieron las dos personas que primero aceptaron los cargos a los ahora procesados, porque además los hechos son iguales.

5. La sustentación del recurso

El Ministerio Público discrepó de dicha decisión y exhortó su revocatoria. Reclamó que era irremisible la aplicación de las nuevas providencias emitidas por las altas Cortes en materia de preacuerdos, mismas que regentan la obligación de contar con un mínimo probatorio que soporte el beneficio pactado, merced a que la Fiscalía no puede darle a los hechos calificaciones jurídicas que no le correspondan en la práctica. Entonces, plasmó que en el asunto no existía una base factual de que los encartados hubieren actuado bajo el exceso de la causal de ausencia de responsabilidad.

En segunda medida, también reparó que, en la fijación del beneficio, contrario al deber de aprestamiento de la justicia y al principio de proporcionalidad de la sanción, existía una desbordada concesión de la rebaja punitiva, como sea que esta ascendía al 75%, a contrapelo de que cuando se ha presentado escrito de acusación esa aminoración no puede superar la 1/3 parte.

Esgrimió en tercer lugar que la condición entre quienes consensuaron hoy y quienes lo hicieron previamente es diferente, porque los ahora procesados no contaban con un preacuerdo antes. Existían sí unas tratativas entre las partes que no se pudieron consolidar por hechos que no son claros, pero que en suma apuntan a que aquellos finalmente no comparecieron a la audiencia que celebró el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto. A partir de allí –recalcó– transcurrieron meses sin que de manera escrita ni verbal se radicase con evidencia procesal el pacto, y que por lo contrario la Fiscalía presentó escrito de acusación. Eso, el recurrente lo condensó en el sentido de que no se

puede patrocinar un tratamiento igual para los ahora encausados, a quienes por tal razón les son aplicables las reglas jurisprudenciales renovadas.

6. Los no recurrentes

La Fiscalía y la bancada de la defensa coincidieron en la confirmación del fallo impugnado, en lo fundamental porque rechazaron la posibilidad de aplicar las nuevas reglas jurisprudenciales al presente caso, al tenor de las siguientes premisas:

Reseñaron que todos los procesados en el asunto matriz optaron por acabar de forma antelada el proceso, empero, este solamente se pudo finiquitar en relación con dos personas que estaban privadas de la libertad y no con los cuatro procesados de este asunto, porque estos por problemas económicos o de salud no se pudieron desplazar al estrado en aquella ocasión. De haber estado allí –advirtieron- el asunto se hubiera clausurado con un preacuerdo para todos.

Arguyeron también que en el Sistema Penal Acusatorio no es un imperativo que el preacuerdo se presente de manera escrita y que lo más natural es que se haga de forma verbal, por lo que la falta de un documento físico no puede indicar la inexistencia del preacuerdo para la fecha en la que en realidad de verdad se contrajo.

Luego, hicieron eco de los principios de igualdad material, seguridad jurídica y lealtad procesal, los que impiden que por unos mismos hechos y circunstancias se pueda dar un tratamiento desigual y agravado a los ahora procesados. Concretaron además que, como el preacuerdo existía antes del cambio del precedente jurisprudencial, de forma que como las nuevas subreglas no existían para cuando se definió el pacto, aquellas no pueden ser aplicadas de manera perniciosa, porque así lo proscriben el principio de legalidad.

Por último, se hizo explícito que la terminación vía preacuerdo de un proceso significa simultáneamente ganancias y pérdidas para ambas partes, contexto en el que se explica que la pena de 12 meses fijada, que no es la mínima que el beneficio asiente, deba ser aceptada.

7. Consideraciones de la Sala

7.1. Competencia

Conforme el numeral 1º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal esta Corporación es competente para examinar la cuestión planteada en el recurso vertical.

7.2. Los problemas jurídicos

La alzada tiene como derrotero global responder si el preacuerdo que radicarán Fiscalía y defensa es respetuoso de los parámetros legales y constitucionales que rigen en la materia, como para refrendar la impartición de legalidad que al mismo hiciera la primera instancia.

Ese cuestionamiento, merced a las particularidades del debate planteado, conlleva también auscultar si los recientes pronunciamientos jurisprudenciales citados por los sujetos procesales resultan o no aplicables al caso y -en una u otra salida- qué efectos jurídicos tiene ello en el preacuerdo.

7.3. El precedente y su aplicación en el tiempo

Para el modelo constitucional colombiano, en la administración de justicia recae la función de definir el contenido normativo de la ley. Como es que los textos jurídicos no siempre se aplican ni se dirigen a los casos concretos de manera autónoma, requieren del ejercicio

hermenéutico que fije su contenido específico, lo que se realiza a través de la actividad judicial. Dicha actividad ha sido primordialmente encomendada a los órganos de cierre de cada jurisdicción a través del precedente judicial, mediante el cual dichas autoridades en sus providencias establecen con fuerza obligatoria unas reglas que por antonomasia desbordan el asunto que resuelven y deben ser aplicadas a casos análogos por el resto de órganos de la administración de justicia y por ellas mismas.

En aquel ejercicio se determina primero cuáles son los mandatos, derechos oportunidades y términos que la ley en cada caso concede, y luego ese mismo tratamiento jurídico debe reconocerse a los asuntos que se encuentren en la misma situación de hecho y de derecho. Entonces, una vez fijada una cierta interpretación de una disposición normativa, ante casos iguales debe darse el mismo tratamiento, con la seguridad para los administrados que de manera uniforme ello así sucederá. Así se garantiza la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes serán fallados de pareja manera. Ello también respalda una mayor seguridad jurídica y coherencia del sistema jurídico colombiano.

En tal virtud, una vez que dichas autoridades decantan el contenido de una disposición, la lectura de la normatividad deberá hacerse a la luz de los criterios y definiciones establecidos por dichos tribunales. Esto traduce que la jurisprudencia fijada en las providencias proferidas por las altas Cortes, en cuanto autoridades de unificación, “*se convierte en aplicable de manera general e inmediata, en sentido horizontal y vertical*”². Precisamente, en la lógica de la aplicación en el tiempo del precedente debe asegurarse como regla general que casos que desde luego no han sido definidos o fallados sean resueltos al amparo de los criterios jurisprudenciales que operan para el momento. Por esa cuenta, la aplicación de un criterio jurisprudencial no tiene como referente la época de los hechos y en general ni siquiera la data en la que se hubiere producido el acto procesal cuyos efectos sustanciales se persiguen, como respecto de lo primero lo regenta

² SU-406 de 2016.

el principio de legalidad. Dicho axioma reclama su aplicación respecto de leyes o normas positivas; así lo tienen consagrado de manera explícita ese canon y los artículos 6 de la Ley 906 de 2004 y del Código Penal, cuando prevén que nadie podrá ser juzgado sino conforme a *leyes preexistentes* al acto que se le imputa. En cambio, en cuanto al precedente “*simplemente éste producirá efectos para el caso que dio lugar a la variación como para los que deban resolverse a partir de ese momento*”³.

Bajo esta misma línea, hay que decir que la favorabilidad como excepción o bien como parte integrante del principio de legalidad no es tampoco una figura que se predique de la aplicación de la jurisprudencia, conforme posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, sino solamente frente a la legislación positiva que cobra vigencia ante la sucesión de leyes en el tiempo que regulan un mismo supuesto de hecho, no ante diversas posiciones jurisprudenciales. La única posibilidad clara de que se replique un criterio jurisprudencial más favorable se da en el marco de la acción de revisión en cuanto a la responsabilidad penal y a su punibilidad, que desde luego tiene como parámetro la existencia de una sentencia de condena, luego de la cual deviene un concepto jurídico favorable y diverso del que sirvió de sustento a la condena. Por fuera de esa hipótesis, el principio de favorabilidad de la jurisprudencia, como en el artículo 29 Superior se lo conoce, no es plausible⁴.

Con rigor, cuando las altas Cortes interpretan de forma novedosa un precepto normativo, no es que el operador esté frente a una nueva ley, sino por lo contrario, se trata de la misma norma vigente para el momento de los hechos, solo que contiene una interpretación corregida, por lo que no hay lugar a hablar de alcances desfavorables de la misma. Es que una cosa es el fenómeno del tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente el asunto, y otra que los órganos de cierre varíen la interpretación de un precepto por considerarla errónea. Piénsese por

³ CSJ SP, 14 ago. 2017, rad. 49467.

⁴ CSJ AP, 30 sep. 2020, rad. 55886.

ejemplo que, una doctrina jurídica pudo haber sido adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede generar consecuencias que no son aceptables en casos similares que se presentan en contextos históricos distintos; de ahí que deviene irrazonable que se persista en la vieja hermenéutica. Veamos:

“El casacionista olvida que, como también lo ha señalado la Sala, la favorabilidad no opera respecto de criterios jurisprudenciales, habida cuenta que, según el artículo 29 de la Constitución Política, se trata de una garantía que cobra vigencia ante la sucesión de normas en el tiempo, las cuales regulan un mismo supuesto de hecho, y no ante diversas posiciones jurisprudenciales. Así lo ha dicho la Corte: (...)

En decisión posterior, con cita incluso de autorizada doctrina foránea, la Sala ratificó esa postura al señalar en decisión del 28 de octubre de 2009:

“Sobre el tema la doctrina alemana enseña:

*‘Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. **Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida.** Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprudencia constante y que parecía garantizada; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprudencia firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir, por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprudencia, a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28) que es el único por el que se debe orientar el ciudadano⁵.*

”[D]esde luego, que no se está en presencia de la aplicación de una nueva ley, sino de la interpretación corregida, si se quiere, de la misma norma cuya vigencia operaba de antaño, pero con diversa hermenéutica, por lo que no hay lugar a hablar de alcances desfavorables de la misma, por no tratarse de un fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo o coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho y con relación a normas instrumentales, siempre que de ellas se deriven efectos sustanciales⁶.⁷ ⁸ (Negrillas fuera del texto original)

⁵ Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito. Claus Roxin, págs. 164-166.

⁶ CSJ. AP. 28 oct. 2009, rad. 32764.

⁷ CSJ SP, 11 ago. 2015, rad. 45194.

⁸ Postura reitera en la CSJ SP, 30 sep. 2020, rad. 55.886.

Ahora, no puede dejar de mencionarse que, en el rastreo jurisprudencial hecho sobre esta puntual materia, la Corte Constitucional ha sopesado que, primero, la aplicación general e inmediata de un nuevo precedente fijado por un órgano de cierre de la jurisdicción vincula a la administración de justicia como una garantía del principio de igualdad, pero que tal regla general no puede pasar por alto el contenido material de la misma igualdad, lo que conduce a que cada situación sea observada a la luz de las circunstancias particulares. Por esa cuerda, ha admitido que *“en aquellos casos en que los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previsto, no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales”*⁹.

Pero desde luego hay que acotar también que tal acepción, la Guardiana de la Constitución la ha particularmente volcado a aquellos casos en los que la variación de un criterio jurisprudencial recae sobre las reglas del proceso judicial, siendo que allí su aplicación debe observarse aneja al marco fáctico, que permita establecer si su inmediata aplicación significa una afectación ostensible y transcendental de un derecho fundamental de los sujetos procesales, por el hecho de que la actuación procesal de los sujetos se hizo con la convicción legítima e inequívoca además de que esta estaría cobijada por el precedente para ese momento rector.

Pues bien, sin trasgredir que hay un criterio primigenio y general conforme al cual mayoritariamente se acepta que la favorabilidad como la conocemos en el artículo 29 Superior y 6 de la Leyes 599 de 200 y 906 de 2004 no aplica para la jurisprudencia, cabría en un caso en específico mirar si los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previsto, para que no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales.

⁹ SU-406 de 2016.

Allí es que colige la Sala que se inscriben pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los radicados 39831 del 27 de septiembre de 2017 (del sonado caso Nule y 53718 del 14 de abril de 2021). En el primero, dicho Tribunal varió su postura anterior e interpretó que las previsiones del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal también se aplicaban al allanamiento a cargos, empero, en respeto al debido proceso no aplicó esa intelección para dicho caso. En el segundo, se examinó la licitud de un preacuerdo con base en la jurisprudencia vigente para la fecha de la negociación, porque para esa data se había estructurado y consolidado, e incluso fallado por la primera y segunda instancia), sin que allí se haya tocado en específico el tema de “la favorabilidad de la jurisprudencia”, ni altere la concepción del tema como lo ha venido tratando la Corte.

7.4. El vigor del precedente en el caso concreto

Con esos sustratos, encuentra la Sala que los precedentes proferidos en los radicados 52.227 del 24 de junio de 2020 y 54.039 del 19 de agosto de 2020 de la Corte Suprema de Justicia y en la providencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, son y deben ser aplicados a este caso¹⁰.

En primer lugar, cuando tales sentencias prorrumpieron, el asunto ahora revisado no había sido definido. Así las cosas, la hermenéutica allí acogida, además de regir para los casos en esas oportunidades estudiados entró a operar para los procesos que a partir de allí se encontraran en curso, como este, por aquello de que su efecto es general e inmediato. Contrario a lo argüido por los no recurrentes, ello tiene justamente como propósito materializar el principio de igualdad, en la medida en que asuntos con connotaciones análogas a los precursores que sirvieron de sustento para la fijación de las reglas jurisprudenciales, deben ser fallados de pareja manera.

¹⁰ En este mismo sentido ver la providencia dictada el 3 de marzo de 2021 en el asunto NI 30524 con ponencia de la Magistrada Blanca Lidia Arellano Moreno.

Como segundo punto, la propuesta arropada por los no impugnantes entraña en sí misma y anfibológicamente que, de un lado, se aplique el principio de legalidad, a sabiendas que este únicamente tiene lugar frente al tránsito legislativo, no de cara a la jurisprudencia, y de otro, que al estilo del principio de favorabilidad, en un caso aún no definido siga operando una interpretación judicial que en cierta medida fue recogida por una renovada hermenéutica, lo que solamente es viable frente a la sucesión de leyes en el tiempo.

En tercer lugar, la aplicación del precedente tampoco se atisba como una afrenta a los derechos y garantías fundamentales de los procesados por lo siguiente:

Para cuando las providencias citadas fueron emitidas, en el *sub lite* de hecho ni siquiera se contaba con la presentación del preacuerdo (lo cual sucedió en septiembre de 2020). Ello quiere decir que tales subreglas estaban justamente operando para cuando las partes le manifestaron a la Judicatura que su deseo era acabar anticipadamente el proceso, y por ende debían ser conocidas por la Fiscalía y la defensa. Con ese conocimiento que tenían o debían tener, en forma alguna estaban siendo asaltadas con concepciones sorprendidas, pues les competía comprender que a partir de allí los asuntos serían examinados bajo su lupa. Eso descarta que aquella actitud procesal estuviera inequívocamente gobernada por posiciones jurisprudenciales anteriores.

Ahora, no repulsa como falso que quizá desde tiempo antes, cuando otros dos personajes aceptaron los cargos, los ahora acusados y el instructor tenían el propósito de seguir esa misma senda, pero lo cierto es que de manera objetiva tal decisión solamente fue presentada a la Judicatura para el momento en que ya estaban rigiendo los mencionados precedentes. No puede negarse la existencia de la negociación que las partes hubieren concretado antes, sin embargo, acontece que en nuestro sistema penal la mera suscripción de un preacuerdo es un acto incompleto, si así se permite la expresión. Para que el pacto tenga trascendencia jurídica es forzosa e inevitable la decisión que al

respecto tome la Judicatura, ya que la impartición o no de legalidad de ese acto está sometida a la reserva judicial, lo que como es lógico reclama de su presentación ante la Judicatura. Luego, cabe preguntarse ¿qué sería de un acuerdo si este solamente queda en la órbita de las partes y no se exhibe ante el Juez? Así que su global existencia se completa cuando se da dicha exhibición o postulación.

Por lo demás, razón asiste al Ministerio Público cuando clama que la situación de los cuatro encartados con los individuos que fueron condenados ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, es verdaderamente distinta. Procesalmente hablando, los sentenciados se acogieron a la figura premial y definieron su situación en un contexto histórico propio; los ahora procesados lo hicieron en otro. Y, lo que es más, no es cierto que respecto de unos y otros la acción penal se erigió por idénticos supuestos fácticos y que el preacuerdo haya sido el mismo (incluidos el beneficio y la pena). En ambos casos ello también fue disímil.

Para los condenados, el dossier delata que la Fiscalía además del punible de tráfico de estupefacientes atribuyó el uso de menores en la comisión de delitos; que el beneficio pactado fue el del inciso 2º, numeral 7º del artículo 32 del Código Penal, y que las penas fijadas fueron de 27.66 y 25 meses de prisión. Así, por ese concurso delictual debió partirse del reato más grave, cual es el del artículo 188C del Código Penal, al que debió agregársele otro tanto por el expendio de narcóticos, sin embargo, en las constancias procesales no se delata que por el tráfico de estupefaciente se hubieren fijado 12 meses de prisión. Eso hace evidente que ahora no pueda reclamarse igual tratamiento. Por modo que indistintamente de las razones que llevaron a que los ahora acusados no suscribieran el preacuerdo cuando los otros encausados lo hicieron, mal puede decirse que de haberlo hecho hubieran soportado las mismas consecuencias punitivas, pues la imputación fáctica y jurídica y las consecuencias aplicadas fueron diferentes.

No está demás mencionar por último que, en punto a los precedentes citados, las altas Cortes explícitamente dieron aplicación inmediata de sus criterios a los casos que allí se revisaron, lo que es una razón más para refrendar que ellos deben operar en este proceso.

Esto lleva a la Colegiatura a apartarse de la postura auspiciada por los no recurrentes y patrocinada por la primera instancia.

7.5. Las reglas jurisprudenciales aplicables en materia de preacuerdos

Decantado entonces que es forzoso e irremediable que en el asunto se acuda a tales pronunciamientos judiciales, es necesario destacar que a partir de los radicados 52.227 y 54.039 del 19 de agosto de 2020, los preacuerdos pueden categorizarse en varios grupos; unos de ellos son los que de una u otra forma conllevan el cambio de calificación jurídica. Estos a su turno pueden bifurcarse en dos tipos: aquellos que cuentan con base fáctica y los que no. Dicha diferenciación no es meramente dogmática o académica, sino que para efectos prácticos es diametral hacerla, pues de ello dependen las cargas de las partes en la presentación del preacuerdo, particularmente de la Fiscalía, los controles o verificaciones que debe hacer el juez de conocimiento y las consecuencias que tales pactos tienen¹¹.

Los convenios que pertenecen a la primera categoría son los que obedecen al carácter progresivo de la actuación penal. Como es que el grado de conocimiento de los hechos en las distintas etapas del proceso –y conforme avance- es distinto, es normal que suceda que en la fase investigativa al momento de formular la acusación el fiscal cuente con mayores detalles sobre los hechos. Eso puede implicar eventualmente que deban modificarse dentro de determinados parámetros la calificación jurídica de los mismos, que por lo propio antes es provisional, y también en unas hipótesis excepcionales¹², los

¹¹ Este tema ya ha sido abordado por la Sala dentro de los radicados 32164 del 29 de septiembre de 2020 y 26912 del 9 de septiembre de 2020. Magistrado ponente Silvio Castrillón Paz.

¹² CSJ SP, 5 Jun. 2019, rad. 51007.

presupuestos fácticos inclusive. En virtud del principio de progresividad es dable que la Fiscalía haga tales modificaciones, bien porque en el impulso de su investigación ha logrado contar con novedosos elementos suasorios o información que no estaban presentes en las fases primigenias del proceso, porque realizó un mejor estudio de los medios de conocimiento que otrora tenía o de hecho por el criterio jurídico razonable del nuevo funcionario que tenga el caso¹³.

Por supuesto que dichos cambios la Fiscalía puede hacerlos en el marco de los acuerdos y negociaciones. Si los realiza en este escenario el instructor debe ser muy claro a la hora de indicar que eso opera como un ajuste a la legalidad o si es como un mero beneficio a cambio de la aceptación de responsabilidad penal. A más de eso, esas modificaciones o la introducción de figuras penales que estaban ausentes antes deben tener un asiento probatorio mínimo por aquello de que *“la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*¹⁴. El cumplimiento de tal reglamento tiene la aptitud de dotar de racionalidad a esa actividad, de modo que pueda resultar vinculante para la Judicatura. No será del caso aquí ahondar más en la caracterización de estos preacuerdos, porque interesa a la Sala centrarse en los segundos.

Pues bien, entre los preacuerdos con cambio de calificación jurídica sin ninguna base factual hay unos que son inaceptables y otros que potencialmente son admisibles. Los que no pueden ser consentidos bajo ningún punto de vista son en los que la Fiscalía hace variaciones a los juicios de imputación o acusación otrora hechos en punto a la atribución jurídica, que no corresponden con los hechos enrostrados en dichos juicios, esto es, opta por una calificación jurídica que no es fiel reflejo de los hechos jurídicamente relevantes y eso lo hace con el propósito soterrado de rebajar la pena o mejorar la condición del

¹³ CSJ AP, 27 feb. 2019, rad. 53.468.

¹⁴ Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

procesado en cualquier otro sentido. La nota diferenciadora en estos es que el ente persecutor pretende la condena por la calificación jurídica retocada, aun cuando no tiene respaldo en la realidad. Ejemplos de ello se dan cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora, o se cataloga como cómplice a quien tiene la calidad de autor. Tales postulaciones están prohibidas como lo había decantado la Corte Constitucional en sentencia C-1260 de 2005, cuando elevara a rango constitucional el imperativo de que la Fiscalía no puede crear tipos penales y que a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Pero hay otros preacuerdos en los que más bien dichos *cambios* vienen dados como referencia a normas penales no aplicables al caso con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo. En estos se parte por aceptar que no existe base fáctica en el beneficio que se reconoce y que lo querido es exclusivamente y a la larga una aminoración en la cantidad de pena, empero, la pretensión de las partes no es que el juez emita condena por la calificación jurídica que no corresponde a los hechos jurídicamente relevantes. Puede decirse en últimas que al tenor de este tipo de preacuerdos se conviene la aplicación de alguna figura para meros efectos de que se vea expresada en la cantidad de la pena a purgar, pero no para que dicho instituto sea integrado al tipo penal o a la conducta punible, puesto que en el mundo fenomenológico esa figura no tuvo ocurrencia. Siendo eso así, no puede exigirse la presentación de soportes probatorios aún mínimos, ya que la alusión a la norma penal más favorable constituye el beneficio por someterse a la condena anticipada^{15 16}.

Desde luego que dichos preacuerdos no son omnímodos. Estos encuentran sendos límites tales como: (i) los lenitivos punitivos no pueden ser excesivos, (ii) el acuerdo debe

¹⁵ CSJ SP, 19 ago. 2020, rad. 54.039.

¹⁶ CSJ SP, 24 jun. 2020, rad. 52227.

ser suficientemente claro en sus términos, y, (iii) no pueden vulnerar de cualquier forma los derechos de las víctimas y del procesado, entre otros.

Con más especificidad, esos convenios no pueden dar lugar a descuentos punitivos desbordados que lleven a desprestigiar a la administración de justicia y a socavar los derechos de las víctimas a través de penas irrisorias, que aunque formalmente se ajustan al principio de legalidad de las penas, son chocantes con el marco constitucional. Ello puede acontecer porque la cantidad de beneficio conferido, y a la postre de la pena pactada, es desproporcionada de cara a la naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad, el daño causado, los derechos e intereses de las víctimas, la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento, el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos¹⁷, etc. Citemos con amplitud lo siguiente:

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

(…)

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.

¹⁷ SU-479 de 2019, citada en CSJ SP, 24 jun 2020, rad. 52.227.

(...)

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (*cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena*) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.

(...)

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes.”¹⁸

7.5. El tipo de preacuerdo suscrito y sus consecuencias en el caso concreto

El convenio aquí suscrito por las partes debe encasillarse en los que carecen de base factual, pero hacen referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado. Esto se desprende meridianamente de lo explícitamente consignado en el preacuerdo verbalizado en audiencia, cuando el persecutor, después de que fuera exhortado por el Ministerio Público y el Juez singular para blindar de claridad ese aspecto, reparó que se acogió el exceso en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 32 del Código Penal como único beneficio para efectos de aminoración punitiva. Dicha naturaleza deviene también así porque en la diligencia el Fiscal anunció que los elementos de prueba que sustentaban la terminación anticipada del proceso eran los mismos que fueron enlistados en el escrito de acusación (en el que esa circunstancia no se atribuyó). Entonces, la aplicación de la figura antedicha no se la hizo para modificar los juicios de imputación y acusación.

¹⁸ Ibid.

Por tal carácter es que debe verse si el convenio fue suscrito dentro de los límites legales y constitucionales a que arriba se hizo referencia. En ello, el debate se centra en determinar si el monto del beneficio pactado y a la postre la pena finalmente acordada comporta o no reducciones punitivas desbordadas, excesivas, desproporcionadas e irrazonables que concitan al desaprestigiamiento de la justicia.

Pero antes, hay que destacar que la existencia de soportes probatorios mínimos que extrañó el Ministerio Público no puede ser exigible para el preacuerdo presentado. Por la naturaleza del consenso suscrito no era perentorio que la Fiscalía y la defensa arrimasen elementos de convicción que fundamentaran el exceso en la causal de ausencia de responsabilidad penal, como sea que la postulación estuvo dirigida a la mera reducción punitiva, y no a que se aceptara y condenara a los encartados como que en su conducta concurrió esa circunstancia.

Siendo ello así, desde un *punto de vista cuantitativo*, tenemos que el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal castiga el comportamiento con unas penas de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El beneficio pactado implica una reducción de no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo. Eso hace que los extremos punitivos se morigeren para la privativa de la libertad de 10.66 a 54 meses de prisión. En ese marco de legalidad, el monto de pena pactado fue de 12 meses de prisión. Ello indica que la cantidad consensuada no lo fue en el extremo mínimo, sino que luce incrementada por casi un mes y medio más.

Empero, si se hiciera una hipotética dosimetría punitiva, amén de que contra los encartados no se endilgó circunstancia de agravación genérica alguna, ciertamente el Juzgador habría de desenvolverse en el cuarto mínimo de punibilidad que iría de 64 a 75 meses de prisión. Suponiendo entonces que el Fallador partiría del extremo inferior, habrá que decir que la pena preacordada corresponde apenas a un 18.75% de la pena mínima que legalmente se les asignaría a los encartados, lo que al revés significa lo mismo que

la aminoración punitiva en relación con el extremo inferior del delito realmente cometido equivale al 81.25%. Entonces, aunque el monto consensuado fue incrementado en un tanto en comparación con los guarismos modificados con el beneficio, en parangón con la pena legal del injusto constituye un decrecimiento muy alto.

Desde una óptica procesal, como parámetro debe tenerse en cuenta que una vez presentado el escrito de acusación la rebaja máxima por aceptación de cargos en los casos donde no ha existido flagrancia asciende hasta 1/3 parte¹⁹. Luego, para tenerlo como referente, esa proporción aplicada al extremo mínimo conllevaría que la pena mínima a imponer no podría ser inferior a 42.66 meses. Ello significa que los 12 meses pactados ni siquiera se acercan a tales 42.66 meses, sino que se alejan con una buena porción de más o menos 30.66 meses, lo que delata su desproporción.

Desde un punto de vista del ahorro y aporte en la investigación se encuentra que, siquiera desde principios del año 2018 la Fiscalía venía realizando las pesquisas en orden a determinar las actividades ilícitas relacionadas con el narcotráfico que se venían haciendo en el municipio de Sandoná e identificar e individualizar a sus responsables. Así, tras la práctica de sendas diligencias, como la recepción de declaraciones juradas, múltiples interceptaciones de comunicaciones telefónicas, inspección a otros procesos penales, reconocimientos fotográficos, vigilancia y seguimiento a personas y cosas, análisis de contexto de la actividad delictiva y registros y allanamientos, que aparecen descritos cronológicamente en el mismo escrito de acusación, el instructor pudo conocer y concretar el accionar delictivo de los procesados uno por uno. Aquel desenvolvimiento investigativo, fácil puede verse, fue profuso, profundo y fecundo.

Como es ello así, el aporte a evitar un desgaste en la administración de justicia no es significativo, porque ya la Fiscalía tenía bien decantada la acción penal y los señalamientos que habría de dirigir en contra de los encartados a través de un desarrollo investigativo amplio y directo. Entonces, la concesión de aquella merma punitiva se

¹⁹ Ver al respecto providencia del 1º de febrero de 2021 en el radicado NI 2654, Magistrado Ponente Silvio Castrillón Paz.

muestra desproporcionada en relación con semejante despliegue investigativo, porque la rebaja es mucho mayor a la contribución de los encausados.

No se olvide que la justicia premial tiene como una de sus notas entregar tratamientos punitivos menos severos conforme el ahorro del tiempo y el esfuerzo del Estado en la persecución del delito y la contribución del procesado en la solución del caso, esto es, la reducción de pena se soporta entre uno de sus baluartes en el mérito procesal. No quiere decirse con esto que la pena deba ser alta o siempre mayor, sino que es perentorio que se llegue a un punto medio o de equilibrio donde el beneficio guarde una cierta correspondencia con el aporte y ahorro del esfuerzo jurisdiccional. Es así que dicha proporcionalidad no se la obtiene cuando las rebajas concedidas se entregan obviando la existencia de investigaciones en las que se encuentran supremamente decantados los aspectos que interesan a la persecución penal.

No puede perderse de vista tampoco sobre la naturaleza de los cargos que, de acuerdo con la atribución hecha se endilga a los procesados el expendio continuo de sustancias estupefacientes, lo que hace meritorio un reproche mayor por las implicaciones en la sociedad que esa conducta apareja.

En suma, por las cuestiones anotadas, para la Sala la atenuación punitiva y la pena final pactada no se exhiben proporcionales, porque las cantidades cuantitativamente relucen inferiores, por el momento procesal en que se presentan y porque no son conformes con el desarrollo estatal dado al asunto. Esto lleva a que se deba improbar el preacuerdo presentado en aras de que, si se insiste en la terminación anticipada del proceso, si bien la Judicatura está impedida para señalar y siquiera insinuar qué monto se ajustaría a dichos preceptos, las partes procesales puedan llegar a un punto de equilibrio que armonice en lo máximo posible los intereses enfrentados.

8. Decisión

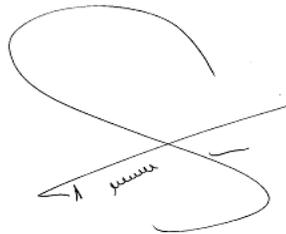
Suficientes razones para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto,

9. Resuelva:

Primero. Revocar la providencia impugnada y en su lugar no aprobar el preacuerdo presentado por las partes procesales.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno. Retorne el asunto al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese y cúmplase.



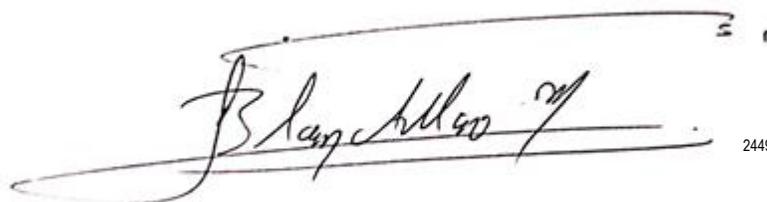
Franco Solarte Portilla

Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León

Magistrado



Blanca Lidia Arellano Moreno

Magistrada



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 068

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,
HACE CONSTAR**

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21- 0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 21 de abril de 2021.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario