

PREACUERDOS – FINES: Aprestigiamiento de la administración de justicia.

PREACUERDOS - MONTO DE REBAJA DE PENA: El descuento no puede ser mayor al máximo que la norma permite según el estado del proceso.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL - DISCRECIONALIDAD REGLADA DE LA FISCALÍA: No pueden pactarse acuerdos que contengan desbordados descuentos punitivos o doble beneficio.

PREACUERDOS CON POSTERIORIDAD AL ESCRITO DE ACUSACIÓN - MONTO DE REBAJA DE PENA: Corresponde a una tercera parte de la pena imponible.

ESTADO DE IRA – Su reconocimiento como derecho exige el cumplimiento de los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – ESTADO DE IRA: Si se pacta para obtener un cambio favorable de punibilidad, esto debe estar acorde al momento procesal en que se realice.

PREACUERDOS – IMPROBACIÓN POR VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Procedencia.

Al tratarse de un preacuerdo sin base factual, suscrito con posterioridad al escrito de acusación, donde se acordó el reconocimiento del estado de ira, no como producto del avance del proceso investigativo, en tanto no se demostraron sus elementos, sino con el único propósito de reducir la pena a imponer, al determinarse que la rebaja en la punibilidad fue desproporcionada, teniendo en cuenta el momento procesal en que se presentó y siendo que se atenta contra el debido proceso, el principio de legalidad y el aprestigiamiento de la administración de justicia, hay lugar a su improbación.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	523566000514201800556-01
Número Interno	:	36057
Conductas Punibles	:	Homicidio agravado y porte armas
Acusado	:	RRRY
Decisión	:	Confirma el recurrido
Aprobado	:	Acta 225 de 10 de noviembre de 2021

San Juan de Pasto, tres de diciembre de dos mil veintiuno
(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa pública de RRRY, contra el auto de 5 de noviembre de 2020¹, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales (N), que improbo el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 26 Seccional y el acusado, como presunto autor de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, accesorios, partes o municiones.

1. Los hechos

De lo contenido en las piezas procesales obrantes en el expediente digital, se sabe que el día 23 de diciembre de 2018 aproximadamente a las 2 de la mañana, en el barrio Chilcos de la ciudad de Ipiales, en el establecimiento comercial “Johans” en donde de forma separada habían estado departiendo KPMM quien estaba con su grupo de amigos, y DLR quien al parecer se encontraba con RRRY, a las afueras de dicho local, se enfrentan en una disputa de palabra y luego de hecho entre las mencionadas, la cual es conjurada por las amigas de KP, sin embargo DL ingresa al establecimiento sale acompañada de RR quien esgrime un arma de fuego con la que hace unos disparos al aire pero también le hace un disparo a KP que ingresa por la parte anterior del cuello hacia el tórax posterior causando lesiones graves en pericardio lateral derecho y pulmón derecho con orificio de salida en región escapular derecha, lesión que causa la muerte, luego de lo cual el sujeto agresor huye del lugar; la lesionada es trasladada al hospital para su asistencia lo que resultó infructuoso.

2. Antecedentes procesales

¹ Expediente digital archivo C de audio Audiencia Improbación preacuerdo

2.1. En función a los hechos mencionados, el día 2 de octubre de 2019, se da trámite ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales (N) en función de control de garantías, a las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de RRRY.

En esta oportunidad se declaró legal la captura en virtud de orden escrita, se imputó los delitos de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado por la coparticipación criminal, de los artículos 103, 104 y 365-5 del código Penal, a título de autor y en modalidad dolosa, cargos que no fueron aceptados.

Finalmente se resolvió imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad al imputado RY.

2.2. El 27 de noviembre de 2019 se presenta ante el centro de servicios judiciales de los juzgados adscritos al sistema penal acusatorio el escrito de acusación, luego de varios aplazamientos presentados por escrito, el 5 de junio de 2020 se intentó iniciar la audiencia de formulación de acusación momento en que la defensa solicita el aplazamiento con miras al recaudo de unos elementos probatorios para presentarse ante el ente fiscal y realizar un preacuerdo, lo cual fue aceptado por la judicatura.

El 20 de noviembre de aquella anualidad, se cambia la naturaleza de la audiencia de formulación de acusación para dar paso a un preacuerdo suscrito entre la fiscalía y la defensa de RRRY, convenio que fue verbalizado por las partes en el que se reconoce el estado de

ira como beneficio para imponer una pena de 156 meses de prisión producto de dosificar el homicidio agravado en el guarismo de 144 meses de prisión y 12 meses más por el delito que concurra fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones agravado, se indica además de las accesorias a que haya lugar.

3. La providencia impugnada

En la providencia apelada, el *a quo* comenzó por indicar que no hay reparo frente a los fácticos expuestos en el preacuerdo, como quiera que coinciden con la imputación que se hiciera en audiencia preliminar; señaló que también se encuentra acreditado el mínimo de prueba pues obran elementos materiales probatorios que dan cuenta de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado en el mismo, quien además se encuentra debidamente identificado. De igual manera encontró que el encartado había sido debidamente ilustrado sobre las consecuencias de la suscripción del preacuerdo y que los derechos de las víctimas se encuentran resguardados por medio del representante judicial designado para el efecto.

No obstante, indicó que existe un cuestionamiento a la negociación presentada, esto, con cargo al enfoque jurisprudencial que debe aplicarse partiendo de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la materia, en la que se emitieron directrices que dieron un giro a lo que años atrás de había dicho sobre el control material de los preacuerdos, dejando claro que tales pautas se han venido aplicando poco a poco.

Luego de ello citó la providencia No. 52227 de 24 de junio de 2020 emitida por la Dra. Patricia Salazar Cuellar, que diferenció los preacuerdos entre los que tienen una modificación jurídica con apoyo o no en los hechos, pues de ello deviene el margen de verificación de los beneficios otorgados.

Aterrizando lo anterior al caso concreto explicó que se está frente a un delito que afecta un bien jurídico tutelado de grande importancia y prevalencia, esto es, el de la vida, a lo que debía sumarse el hecho de que la víctima era una mujer joven, por lo que debe aplicarse la perspectiva de género; así, indicó que conspiran contra el monto de la pena pactado varios factores, el primero, que la aceptación, pese a ser temprana, superó la primera oportunidad dispuesta para el allanamiento y según la cual se puede conceder una rebaja de hasta el 50%, el segundo, el daño infringido a las víctimas, pues es trascendental en tanto que se está frente a la pérdida de un ser querido, mismo que no se tiene conocimiento que haya sido reparado.

Explicó entonces que, aunque la pena de 13 años no resulta de poca connotación para el destinatario, lo cierto es que equivale a una rebaja del 64% de la pena para el reato endilgado, esto es, 144 meses, superando incluso el 50%, cuando la oportunidad para acceder al mismo ya se ha superado, aunado a que no es acorde a las situaciones planteadas.

Así, que, al estar frente a una ausencia de modificación de calificación jurídica, debe imperar el criterio de ponderación, así, el acuerdo pactado resulta desproporcionado frente a la sociedad y la comunidad teniendo en cuenta la naturaleza de la víctima y la condición de mujer; por lo que procedió a improbar el preacuerdo.

4. Sustentación del recurso e intervención de las partes

4.1 La defensa como recurrente

La representación judicial de RY, inconforme con la decisión de primera instancia, solicitó su revocatoria para que en su lugar se disponga la aprobación del preacuerdo, conforme se pasa a reseñar.

Recordó que la fiscalía dio a conocer unos elementos mínimos en los que se da cuenta que su prohijado al momento de incurrir en el ilícito reaccionó en un momento de rabia, de ira, por lo que de haberse presentado el acuerdo en esos términos con libertad para que la judicatura fije la pena de prisión, debería partirse del reconocimiento de tal circunstancia, lo que reduce considerablemente el ámbito de punibilidad, debiendo elegir primero el delito más grave, en este caso el homicidio, donde se tiene una pena de 64 meses, por lo que se podría acceder, incluso a una pena más baja. Así, que, en el caso, la Fiscalía, de manera consciente, parte de un monto más alto, pactando un total de 154 meses o 13 años.

Invitó además a humanizar la pena, indicando que, pese a que el procesado acepta la responsabilidad en los hechos, no puede desconocerse que es un ser humano que goza de la dignidad humana.

Explicó que en el caso no se ha dado lugar a la reparación por cuanto no se ha podido lograr un dialogo directo con las víctimas para conocer su postura en el tópico, y que debía tenerse en cuenta que la representación judicial de RY se hace por cuenta de la defensoría

pública, hace parte de un resguardo indígena, por lo que de haberse ofrecido una reparación económica no habría sido posible su materialización dada la carencia de recursos.

4.2. La Fiscalía 26 Seccional como no recurrente

El Delegado el ente acusador explicó que no hacía uso del recurso de apelación como quiera que el requisito de proporcionalidad traído a colación por la judicatura es una situación compleja traída con la nueva orientación jurisprudencial para efectos de aprobar o no preacuerdos.

Explica, además, que su abstención suscita en la necesidad de aprestigiar la justicia y agilizar la solución del caso, presupuesto último que no se cumpliría al esperar que se resuelva la segunda instancia, por lo que no coadyuba la apelación, no obstante, sí manifiesta su inconformidad con la decisión de improbar el preacuerdo, dejándole al superior que aclare el aspecto de la proporcionalidad que se busca con la rebaja de pena.

Indica que contrario a lo considerado por la primera instancia, aún con la aplicación del dispositivo amplificador de la ira, mismo que se concedió a efectos de suscribir el preacuerdo, la pena pactada sí contiene una rebaja superior al 50% si se hablara de homicidio agravado en estado de ira, no obstante, aclaró que en el evento se está frente a un concurso con el de porte de armas de fuero que se imputó como agravado, por lo que se contiene otro tanto, por lo que no se habla de 144 meses sino 156 meses, así, explicó que la solución habría sido sumar dos meses a lo pactado para equilibrar las cargas para cumplir con el presupuesto de proporcionalidad.

Con lo anterior aspira a que la segunda instancia, más que revocar la decisión, aclare la situación a efectos de suscribir un preacuerdo que se ajuste a los principios de legalidad y proporcionalidad.

4.3. Representante del Ministerio Público como no recurrente

El señor Procurador delegado para el caso, discrepa de la apelación elevada por la defensa en tanto que no resulta clara, resaltando que debía efectuar un ejercicio profundo para cuestionar la decisión de primera instancia que se guio en dos aspectos, uno, la condición de mujer de la víctima que exige una política de género y la edad, y otro, la pena que se pactó, y no en la reparación a las víctimas.

Seguido a ello indicó que en caso de concederse el recurso, llamada a tenerse en cuenta lo señalado por la Sala Penal de éste Tribunal que indica que el juez debe estar a lo señalado en el preacuerdo, luego recordó los postulados de la sentencia SU479 de 2019 y finalmente indicó que en el caso la Fiscalía no hizo el ejercicio de partir de unos mínimos e inclusive en la absorción del concurso aprovecha para hacer un aumento a la pena que resulta demasiado considerada frente al bien jurídico protegido.

4.4. Representación de víctimas

El representante judicial de víctimas indicó que no comparte la postura adoptada por la defensa en el recurso de apelación y que se estará a lo resuelto por el superior.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del 5 de noviembre de 2020 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problema jurídico por resolver

Corresponde que la Sala determinar si el dispositivo amplificador del tipo penal que presentan las partes como sustento de la rebaja punitiva en el preacuerdo debe reconocerse como lo consagra la jurisprudencia, sin base factual como lo indica el A quo y por tanto la proporción de descuento no es acorde al momento procesal, o se trata de un evento con base factual como lo propone la defensa en su recurso de alzada y por ende la pena pactada obedece a una adecuada dosificación punitiva.

3. De la figura del Preacuerdo en el Sistema Penal Acusatorio – Ley 906 del 2004

Resulta trascendental en todo sistema procesal el respeto por importantes principios como la celeridad y la economía procesal, bajo el entendido que una pronta administración de justicia encuentra en la sociedad un beneplácito de la labor que realizan los organismos encargados, es por lo que la misma normatividad trae aparejadas instituciones con las que se busca esa respuesta efectiva al reclamo de justicia rápida y por ello debe hacerse uso de las herramientas

procesales en procura de tal fin, una de ellas los preacuerdos entre las partes.

En el libro II título segundo de la Ley 906 de 2004 se contempla la posibilidad de que el ente acusador y el procesado, puedan, en función de evitar un desgaste innecesario de la judicatura, concertar un preacuerdo tendiente a la aceptación de los cargos imputados y a cambio, obtener la concesión de beneficio con afectación directa al quantum punitivo tipificado en la normatividad penal; sin embargo, tal potestad no significa la desmedida administración e impartición de acuerdos que vulneren los derechos de las partes en pugna, pues se trata de que aun con la aceleración del trámite jurisdiccional, se cumpla con los preceptos legales de la justicia penal.

Para el efecto, el artículo 348 de la Ley 906 del 2004 dispone las finalidades de dicha figura, indica:

“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.” (Subrayado por la Sala)

Ahora, debe tenerse en cuenta que el juez de conocimiento no cuenta con la potestad de realizar un control material a la acusación que se realiza, dado que el preacuerdo es una forma de acusación, y por

tanto como tal no puede auscultar más allá de lo formal salvo la vulneración de evidentes garantías fundamentales.

Por tanto, es claro que deben darse unas reglas que direccionen los preacuerdos con el fin de evitar arbitrariedades y que la figura del preacuerdo empiece a entenderse como una forma de acordar penas que rayan con la impunidad, lo que va en contra del principio de aprestigiamiento de la administración de justicia.

En aras de evitar dobles beneficio o rebajas desorbitantes, el legislador penal consagró en el artículo 327 del código de procedimiento penal, en su parte final, la necesidad que en las formas anticipadas de terminación se presente un mínimo probatorio que demuestre la existencia del comportamiento y de donde se pueda inferir la autoría o participación.

Pero la temática de los preacuerdos ha llevado el tema a establecer la necesidad de requerir otros elementos probatorios dependiendo de la dinámica que se ha dado a esta importante figura de terminación anticipada y es la Corte Constitucional en sentencia SU 479 de 2019 la que empieza a trazar un criterio bien definido:

“Las autoridades judiciales, como todas en un Estado democrático, se hallan regidas por el principio de legalidad y, si bien la justicia consensual rodea al Fiscal de una serie de competencias discrecionales, con el fin de terminar anticipadamente los procesos, en pro de una justicia célere y eficiente, ello no puede llegar al extremo de entender que un acuerdo para una sentencia anticipada puede lograrse “a cualquier costo” o de “cualquier manera”, esto es, de manera arbitraria (no discrecional-reglada) y con el solo fin de llegar a cualquier resultado que finiquite la actuación, sobrepasando los claros fines del instituto procesal de los preacuerdos –entre ellos aprestigiar la justicia. De suerte que “aprestigiar

la justicia” no es apenas un desiderátum del Fiscal en el caso concreto sino una auténtica regla jurídica imperativa aplicable en todos los eventos. De este modo, si las autoridades no atienden los límites previstos para el uso de este mecanismo, no sólo sus actos pueden perder sus efectos sino que, además, pueden comprometer su responsabilidad penal y disciplinaria.”

Posición que fue desarrollada por la CSJ en su Sala de Casación Penal, SP 2073 del 24 de junio de 2020 con radicado 52227, para indicar que se pueden presentar preacuerdos con variación de la calificación jurídica sin base factual y producto del principio de progresividad de la acción penal. En el tema que interesa a la Sala para la decisión del asunto que hoy nos convoca, que se trata del primero de los nombrados dijo:

“Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (que en los casos analizados en la sentencia SU479 de 2019 ascendió al 83%), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.”

Posición que se corrobora en la decisión SP3002 de 19 de agosto de 2020 con radicado 54039:

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

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

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)”.

Bajo este marco normativo y jurisprudencial resulta claro que el instituto de los preacuerdos no puede ser usado para llegar a desbordados descuentos punitivos o entregar doble beneficio producto de un apartamiento de los fácticos establecidos con el cuestionamiento siguiente ante infundadas rebajas.

En otras oportunidades la Sala ha advertido que en materia de preacuerdos, entre otros aspectos, que: i) al juez de conocimiento no le está autorizado legal y jurisprudencialmente realizar control material, excepto cuando advierta el quebrantamiento de garantías fundamentales de los intervinientes; ii) con base en los principios de progresividad de la investigación penal y facultad de modulación de

la acusación, cuando existe prueba posterior a la imputación que así lo determine, el fiscal puede modificar la calificación de la conducta; iii) en los preacuerdos no se podrá comprometer la presunción de inocencia y ellos sólo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad; iv) se debe cumplir con la estricta tipicidad, donde el fiscal debe adecuar la conducta conforme con los hechos del proceso; y, v) no se debe, sin motivo alguno, variar la imputación fáctica.

4.- Del caso en concreto.

Encuentra la Sala que la argumentación tendiente a confutar las motivaciones de la providencia de primera instancia, resultan ser mínimas, solo logra apuntar al tema tratado como fundamento de la decisión del A quo, relacionada con la desproporción de la rebaja dada la forma del preacuerdo, las demás premisas presentadas se refieren a aspectos no relacionados en la providencia que se analiza y que resulta ser el aspecto que la fiscalía solicita se aclare, parte que como lo dijo no presenta recurso de apelación pero acompaña la petición de la defensa.

Sea lo primero indicar que en efecto como lo decanto la primera instancia se está ante un preacuerdo que procura una variación jurídica sin base factual, lo que claramente se evidencia de la presentación de la acusación que correspondió a la misma imputación fáctica y jurídica que hasta este momento procesal se tiene, y así lo hizo saber el delegado del ente acusador al momento de exponer el preacuerdo suscrito, cuando señala que no modifica los

fácticos² y que acude a la figura del estado de ira solo para efectos del preacuerdo³.

Lo anterior solo significa que se ha utilizado un instituto que amplía favorablemente los límites punitivos de la sanción que el estatuto de las penas establece para un comportamiento penal cuando se obre al amparo de aquella situación emotiva.

Importante considera la Sala, dadas las dudas presentadas por las partes, que al estado de ira como dispositivo amplificador del tipo penal se puede llegar fruto de la investigación que se adelanta, con lo cual el núcleo fáctico del juicio de imputación sufre un cambio que se ve reflejado en la punibilidad que contiene unos límites mínimos y máximos más bajos, que la sanción para un comportamiento en condiciones normales, calificación jurídica que conlleva una dosificación más benéfica que se reclama como un derecho. A diferencia de la utilización de aquella figura jurídica en la modalidad de los preacuerdos en cuyo caso puede también el ente acusador y la defensa acordar una pena dentro de estos límites que establece el instituto del estado de ira o intenso dolor, pero debe tener en cuenta el momento procesal en que se suscribe el preacuerdo, dado que la filosofía de esta justicia premial radica en que los beneficios deben ser mayores cuando la aceptación de los cargos enrostrados se presente en las primeras fases de la investigación penal y es por ello que a medida que transcurre el trámite procesal debe ir reduciendo el monto de la rebaja, lo cual es absolutamente lógico en tratándose de una forma de terminación de los procesos penales, y por ello se escucha, a menor desgaste del aparato judicial mayor debe ser la

² Minuto 21:54 de la audiencia de 5 de noviembre de 2020

³ Minuto 43:39 de la audiencia de 5 de noviembre de 2020

rebaja y en sentido contrario, a mayor actividad investigativa en inicio de proceso penal, el privilegio debe ser menor.

Descendiendo al caso que la Sala hoy analiza, se ha tomado la figura del estado de ira, no como producto del avance del proceso investigativo, no hay modificación en el núcleo fáctico, por tanto, la calificación jurídica es la misma presentada en la formulación de imputación y en el juicio de acusación como lo expresó el delegado de la fiscalía al momento de presentar el preacuerdo, por tanto el deber del juez de conocimiento al analizar el convenio suscrito entre las partes es verificar que la rebaja punitiva concedida marcada por aquel instituto, no sea desproporcionada considerando el momento procesal en que se efectúa.

De forma adecuada así lo dictaminó el *A quo* al señalar que la rebaja realizada en la punibilidad presentada era desproporcionada, en tratándose de un preacuerdo sin base factual, argumentos que equivocadamente las partes reclaman para que se revoque la decisión habida consideración que al reconocer el estado de ira la pena resultaría más baja; y se indica que hay un equívoco por cuanto al señalar que no hay base factual se está señalando que no procede como derecho, y que se itera fue lo manifestado por el fiscal de turno quien manifestó que la figura fue solo esgrimida a efectos del preacuerdo.

No podía ser de otra forma por cuanto, para el reconocimiento de aquel instituto como derecho requiere el cumplimiento de los requisitos que a continuación se enuncian: *(i) una conducta grave*

*ajena e injusta, (ii) estado de ira o intenso dolor, (iii) y nexo causal entre la conducta ajena y la reacción.*⁴

En la SP3002 del 19 de agosto de 2020 radicado 54039 que ya hemos citado, se retoma un análisis de providencias anteriores de la CSJ sobre el análisis de esta figura y evocando la sentencia SP346-2019, con radicado 48.587 dice:

“...toda vez que de acuerdo con la concepción dogmática de este instituto, la ira atenuante en relación con este aspecto tiene arraigo en circunstancias de objetiva verificación, toda vez que no se trata de hacer sustentable la aminorante a partir de personalísimos sentimientos o de favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables, coléricos, ni de propiciar extensiones genéricas a otros estados anímicos o con procedencia en otros orígenes, sino de reconocer la presencia de situaciones humanas que implican una disminución de la capacidad intelectual y volitiva del agraviado provocada por una ofensa, sin que ello implique desde luego una pérdida absoluta de dichas facultades, que como se sabe corresponden a estados de inimputabilidad penal.”

Claro lo señalado, el preacuerdo que presentan en esta ocasión no tiene una base probatoria, es solo recurrir a esta figura que disminuye la pena para emplearla con el único propósito de reducir la pena a imponer al acusado.

En consecuencia, si la calificación jurídica se ha dado como homicidio agravado de los artículos 103 y 104 del código penal que conlleva una pena de 400 a 600 meses de prisión, en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado del artículo 365-5 ibidem, que comporta una pena de prisión de 216 a 288 meses. De conformidad

⁴ Alfonso Reyes Echandía. Derecho Penal Parte General. Ed. Temis. 11 edición 1987

con el artículo 352 del código adjetivo penal, cuando se presenten preacuerdos posteriores a la presentación del escrito de acusación, (lo que se infiere del artículo 350 ibidem), la reducción que procede corresponde a una tercera parte de la pena imponible.

La Sala asume la anterior posición conforme los lineamientos esbozados en la sentencia tantas veces citada con radicado 52227 de 2020 que referido a la discrecionalidad reglada que tiene la fiscalía en la elaboración de preacuerdos debe considerar que las rebajas mayores serán para quienes producen menor desgaste del aparato investigativo, por lo que hace la comparación con la figura del allanamiento para indicar cual es el monto de rebaja en cada momento posible de tal aceptación de la responsabilidad y señalar que en lo relacionado con los preacuerdos existe el artículo 352 del código de procedimiento penal que también establece los límites para los preacuerdos suscritos con posterioridad al escrito de acusación, criterio que se repite en SP4225 del 21 de octubre de 2020 radicado 51478 cuando se indica que el beneficio debe ser proporcional, no conceder descuentos desmesurados por lo que se requiere tener en cuenta el momento procesal en que se hace la negociación, por lo que el descuento no puede ser mayor a ese máximo que la norma permite según el estado del proceso.

Al caso que ocupa vemos que se ha pactado una pena de 156 meses de prisión para este evento concursal, y que para llegar a esta cantidad de pena se ha indicado que se parte de la pena para el delito de homicidio agravado que corresponde a 144 meses de prisión, que en términos de porcentaje corresponde al 36%, lo que indica que se entrega una rebaja de pena igual al 64% como bien lo indicó la primera instancia. Cuando el equivalente a una rebaja para este

momento procesal se insiste corresponde solo a una tercera parte de la pena, dado que ya existe escrito de acusación presentado el 27 de noviembre de 2019, acorde a lo estatuido por el artículo 352 de la Ley 906 de 2004. Sin entrar en análisis sobre la pena que se impone por el delito que concurra.

Es por lo que claramente se considera que en un preacuerdo sin base factual no puede entregarse rebajas desbordadas por cuanto atentan contra el aprestigiamiento de la administración de justicia y al no ajustarse a los criterios establecidos por la jurisprudencia nacional hoy aplicables el remedio es la improbación del mismo.

En las motivaciones anteriores se ha dado respuesta a los argumentos de la alzada para determinar que para el reconocimiento de la disminuyente de punibilidad renombrada debe colmarse los requisitos que dogmáticamente se han establecido por la doctrina y la jurisprudencia, los que no concurren en este evento, pues aquellos elementos que ofrece la defensa no tienen el talante para dicha demostración, por tanto en esta ocasión aquella figura solo tenía como fin el cambio favorable de punibilidad pero que debió ser medurado y acorde al momento procesal.

Así las cosas, y siendo que la decisión recurrida procura salvaguardar la expresión del debido proceso y principio de legalidad respecto del preacuerdo sometido a su consideración, lo propio será confirmar en su integridad el auto recurrido y devolver la actuación para que continúe el trámite correspondiente.

III. LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

- 1º. **Confirmar** en su integridad el auto objeto de alzada adiado el 5 de noviembre de 2020 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales (N), que improbió el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 26 Seccional y la defensa de RRRY, por las razones expuestas en precedencia.
- 2º. **Regrese** el asunto a su lugar de origen, para que continúe el trámite que corresponde.
- 3º. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

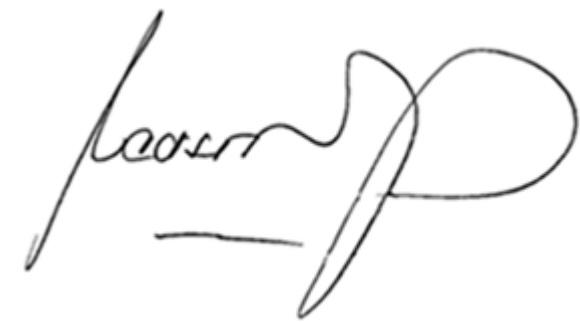
Notifíquese y Cúmplase,



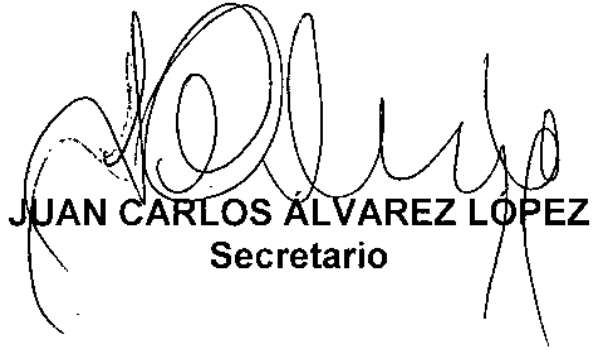
HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

(SALVAMENTO DE VOTO)

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 209

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

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-1517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se han ampliado de manera progresiva

mediante acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el proceso penal de la referencia.

Pasto, 13 de octubre de 2021.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario