

**Magistrado Ponente:** JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

**Radicación:** 13-244-6104441-2017-80211-00. Int. G 20 N° 0023 de 2021.

**Tipo de decisión:** Confirma auto

**Fecha de la decisión:** 13 de diciembre de 2021.

**Clase de proceso:** CONCIERTO PARA DELINQUIR Y HURTO CALIFICADO AGRAVADO

**PREACUERDOS/** fines, naturaleza y alcance.

**PREACUERDOS/**Propósito.

**PREACUERDOS /**Exigencias normativas y jurisprudenciales.

**PREACUERDOS/**Improcedencia cuando el sujeto activo obtiene un incremento patrimonial fruto de la conducta punible y no reintegra por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido, ni asegura el recudo del remanente.

**PRINCIPIO DE DISCRECIONALIDAD REGLADA/** Está orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal,

**FUENTE FORMAL/**Artículos, 348,349, 350 y 351 de la ley 906 de 2004.

**FUENTE JURISPRUDENCIAL/** CSJ. SP. Rad. 41570 de 20 de noviembre de 2013., CSJ. SP. Sentencia de 14 de diciembre de 2005. Rad. 21347; Sentencia de 10 de mayo de 2006. Rad.25389, CSJ. SP. Sentencia de 20 de octubre de 2010. Rad. 33478. sentencias de 10 de mayo de 2006 y de 22 de junio de 2006, Rad. 25389 y 24817, CSJ SP 20 nov. 2013, rad. N°41570, reiterada en CSJ SP13939-2014, 15 oct. 2014, rad. N°42184, C-516 de 2007, C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007, CSJSP, 8 jul. 2009, Rad. 31280, CSJ Sala de Casación Penal, en decisión Rad. 50659, SU479-2019, CSJ. SP. Rad. 47630 de 14 de junio de 2017

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**



**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA  
SALA PENAL**

Cartagena de Indias, D. T. y C, trece [13] diciembre de dos mil  
veintiuno [2021].

**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL  
MAGISTRADO PONENTE**

RAD. No	:	13-244-6104441-2017-80211-00
RAD. INT. No	:	G 20 N° 0023 de 2021.
PROCEDENCIA	:	JUZGADO PRIMERO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR
PROCESADO	:	JAIME ALBERTO SALGADO PÉREZ Y OTROS
DELITO	:	CORCIERTO PARA DELINQUIR Y HURTO CALIFICADO AGRAVADO
MOTIVO	:	APELACIÓN DE AUTO – LEY 906 DE 2004
APROBADO ACTA N°	:	222

**1. MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de Apelación interpuesto por la Fiscalía y los defensores de Alfredo Royet Brieva, Eliber Zuluaga, Walberto David Hormechea, Heiner Ramón Peluffo Castro, Jorge Navarro Núñez Navarro y Luis Alfonso Ponce Garrido, en contra del auto proferido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar el día 31 de agosto de 2021, mediante el cual se improbo el preacuerdo presentado.

**2. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES**

Los hechos jurídicamente relevantes extraídos del Escrito de Acusación, se resumen de la siguiente manera:

**2.1.** En municipio de El Carmen de Bolívar, opera una banda delincencial denominada “Los Pelones”, la cual se dedica a la



comercialización de carne de ganado que es hurtado en la cabecera municipal y en la zona rural.

**2.2.** Se indica en la acusación que la banda opera en horas de la madrugada, y que realizan el transporte de la carne a través de motos.

**2.3.** En desarrollo del programa metodológico, se logró identificar como miembros de la banda delincuencia a HERNEY RAMON PELUFFO CASTRO, alias “Ney Peluffo”; CARLOS ANDRÉS DÍAZ DÍAZ, alias “El Gasper”; ALFREDO RAFAEL ROYET BRIEVA, alias “El Mata”; JUAN DAVID CHAMORRO ESCALANTE, alias “El Gozo”; JORGE LEONARDO NUÑEZ NAVARRO, alias “Carache”; ELIBER DE JESÚS ZULUAGA GOMEZ, alias “Oliver”; RONALD DAVID PONCE RODRÍGUEZ, alias “Machete”; LUIS ALFONSO PONCE GARRIDO, alias “Negro Ponce”; WALBERTO DAVID HORMECHEA TORRES, alias “Walber”; OMAR DAVID ARRIETA VILLAR, alias “El Negro o El Mocho”; BRINER DE JESÚS MARIOTA SUAREZ, alias “Vladimir”; VICTOR ALFONSO DÍAZ BUELVAS, alias “El Víctor”; ÁNGEL RAFAEL CATALÁN ZÚÑIGA, alias “El Cum”; EDILBERTO ALFONSO GAMARRA RODRÍGUEZ, alias “El Cacho”; y JAIME ALBERTO SALGADO PÉREZ, alias “Kaleth”.

### **3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES**

**3.1.** Previa solicitud de orden de captura, el día 15 de mayo de 2018, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmen de Bolívar se legalizó la captura de los señores HERNEY RAMON PELUFFO CASTRO, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DÍAZ, ALFREDO RAFAEL ROYET BRIEVA, JUAN DAVID CHAMORRO ESCALANTE, JORGE LEONARDO NUÑEZ NAVARRO, RONALD DAVID PONCE RODRÍGUEZ, LUIS ALFONSO PONCE GARRIDO, WALBERTO DAVID HORMECHEA



TORRES, OMAR DAVID ARRIETA VILLAR, BRINER DE JESÚS MARIOTA SUAREZ, VICTOR ALFONSO DÍAZ BUELVAS, ÁNGEL RAFAEL CATALÁN ZÚÑIGA, EDILBERTO ALFONSO GAMARRA RODRÍGUEZ, y JAIME ALBERTO SALGADO PÉREZ,. A los procesados se les formuló imputación por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR Y HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, cargos que no fueron aceptados.

Por petición de la fiscalía, fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

**3.2.** El día 16/05/2018 se realizó la aprehensión del señor ELIBER DE JESÚS ZULUAGA GÓMEZ, el cual fue presentado ante un juez de control de garantías el día 17/05/2018, legalizándose la captura, formulándose imputación por el mismo reato mencionado en el ítem anterior e imponiéndose medida de aseguramiento privativa de la libertad. Al igual que los demás imputados, el señor ZULUAGA GÓMEZ no aceptó los cargos.

**3.3.** La Fiscalía radicó el escrito de acusación el 13/08/2018<sup>1</sup>, y la audiencia de Formulación de Acusación se llevó a cabo el 3 de septiembre de 2018<sup>2</sup> ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar, diligencia en la que se formuló Acusación por los delitos de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y CONCIERTO PARA DELINQUIR.

**3.4.** Evacuada la audiencia preparatoria, y estando en curso la audiencia de juicio oral, se presentó a control de legalidad un

---

<sup>1</sup> Folio 1 del cuaderno del juzgado de conocimiento

<sup>2</sup> Folio 27 del cuaderno del juzgado de conocimiento



preacuerdo suscrito por la Fiscalía y los señores JAIME ALBERTO SALGADO PEREZ, JORGE LEONARDO NÚÑEZ NAVARRO, VÍCTOR DIAZ BUELVAS, BREINER MARIOTA SUAREZ Y ALFREDO RAFAEL ROYET BRIEVA.

**3.5.** El 19 de agosto de 2021 se verbalizó el preacuerdo, adhiriéndose a los términos del mismo los acusados WALBERTO DAVID HORMECHEA, LUIS ALFONSO PONCE GARRIDO, JORGE NAVARRO NÚÑEZ NAVARRO, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DÍAZ Y OMAR DAVID ARRIETA ÁVILA.

**3.6.** El día 31 de agosto de 2021, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar resolvió improbar el preacuerdo presentado.

**3.7.** Contra esa providencia la fiscalía y los defensores de Alfredo Royet Brieva, Eliber Zuluaga, Walberto David Hormechea, Heiner Ramón Peluffo Castro, Jorge Navarro Núñez Navarro y Luis Alfonso Ponce Garrido instauraron recurso de Apelación.

#### **4. TÉRMINOS DEL PREACUERDO**

Conforme consta en la verbalización del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y los señores JAIME ALBERTO SALGADO PÉREZ, JORGE LEONARDO NÚÑEZ NAVARRO, BREINER MARIOTA SUAREZ, ALFREDO RAFAEL ROYET BRIEVA, WALBERTO DAVID HORMECHEA, LUIS ALFONSO PONCE GARRIDO, JORGE NAVARRO NÚÑEZ NAVARRO y CARLOS ANDRÉS DÍAZ DÍAZ, estos ACEPTAN su responsabilidad en la comisión del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR en concurso con HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO



como coautores por los hechos jurídicamente relevantes que sirvieron de sustento a la formulación de imputación, a cambio de la eliminación de la circunstancia calificante del Hurto. La pena acordada fue de 50 meses de prisión y multa de 1 SMLMV.

## **5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA**

El juez de primer grado, luego de analizar lo pactado por las partes en la celebración del preacuerdo, decidió improbar el mismo, bajo el argumento de que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 349 de la ley 906 de 2004, al haberse obtenido un incremento patrimonial por parte de los procesados, se debe reintegrar, por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegurar el recaudo del remanente; circunstancia que no se encuentra del todo acreditada, ya que falta indemnizar a los señores SILVIO MANUEL ESTRELLA y OSNAIDER MIGUEL QUIÑONES, quienes fungen como víctimas dentro del presente asunto.

## **6. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

### **6.1. Del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía.**

Solicita se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que se dio pleno cumplimiento a los parámetros reseñados en los artículos 348, 349 y 351 de la ley 906 de 2004.

Resalta que la fiscalía realizó todas las diligencias pertinentes para que los señores Silvio Manuel Estrella y Osneider Miguel Quiñones entraran en comunicación con los procesados y así materializar la



indemnización o el reintegro a la que tienen derecho, pero eso no fue posible.

Añade que la peritación realizada, indicó que en los procesados no había existido un incremento patrimonial.

Precisa que el único beneficio concedido es la eliminación del calificante y que se indemnizó a las víctimas que concurrieron para ello, por lo que no hubo un acto violatorio de los derechos fundamentales.

**6.2. Del recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de ALFREDO ROYET BRIEVA, ELIBER ZULUAGA GÓMEZ, WALBERTO DAVID HORMECHEA y HEINER RAMÓN PELUFFO CASTRO.**

Informa el recurrente que el juez debió tener en cuenta que dentro de la actuación no existe una voluntad expresa de los señores SILVIO MANUEL ESTRELLA y OSNAIDER QUIÑONEZ de acudir al proceso, situación que no debe ser tenida en cuenta para continuar privando de la libertad a los acusados quienes esperan una solución jurídica a su proceso.

Sostiene que, los procesados han puesto todo el empeño al indemnizar al 95% de las víctimas, y que la falta de indemnización de los dos sujetos restantes, obedece a una circunstancia ajena a su voluntad, la cual no puede servir de base para cercenar un derecho de carácter constitucional.

Añade que, *“podemos elaborar hasta un título judicial”* en favor de las faltantes víctimas, para que el día que aparezcan lo reclamen, *“pero que desde el punto de vista legal, jurídico y constitucional no se le dé*



*viabilidad a un preacuerdo cuando estas personas han mostrado la voluntad de indemnizar a la víctima (...) se sale de la mano y en resorte esto sería interminable, porque si estas personas al final no aparecen o no tienen la voluntad de comparecer al proceso, cómo haría la defensa técnica”.*

Por lo dicho, solicita revocar la decisión de primera instancia, para que en su lugar se apruebe el preacuerdo sometido a control de legalidad.

### **6.3. Del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de JORGE NAVARRO NÚÑEZ Y LUIS ALFONSO PONCE GARRIDO.**

Manifiesta que la falta de indemnización de las dos víctimas faltantes no obedece a un capricho de los procesados, sino a la imposibilidad de determinar la ubicación de los mismos para materializar dicho acto; razón por la cual, y al no estar obligado a lo imposible, se debe imprimir aprobación del preacuerdo, pues, se cumplen con los requisitos legalmente establecido.

## **7. CONSIDERACIONES**

### **7.1. Competencia.**

Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las apelaciones contra los autos interlocutorios proferidos por los Jueces Promiscuos del Circuito de El Carmen de Bolívar.



La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

## **7.2. Problema jurídico**

De los antecedentes fácticos procesales, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Resulta ajustado al ordenamiento jurídico (ley y jurisprudencia penal vigente) improbar un preacuerdo en donde no se han reparado a todas las víctimas del delito?*

## **7.3. Aspectos previos**

En aras de abordar la resolución del presente asunto, imperioso resulta analizar: (i) De la naturaleza y modalidad de los preacuerdos; (ii) Negociación y principio de discrecionalidad reglada; y, (iii) Improcedencia de los preacuerdos cuando el sujeto activo obtiene un incremento patrimonial fruto de la conducta punible y no reintegra por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido, ni asegura el recudo del remanente.

### **7.3.1. De la naturaleza y la modalidad de los preacuerdos.**

Los preacuerdos son negocios jurídicos celebrados por las partes que implican la terminación anticipada del proceso y consisten en la aceptación de culpabilidad por el imputado o acusado a cambio de un beneficio punitivo.



El fin último de esa negociación consensuada se encuentra definido en el artículo 348 de la ley 906 de 2004, **debiendo aprestigiarse la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.**

En acatamiento a lo resaltado, al juez de conocimiento le corresponde verificar que se cumplan las exigencias legales y, en general, se preserven las garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

Los preacuerdos y las negociaciones entre la fiscalía y el imputado, y la consecuente aceptación de los cargos como mecanismos orientados a finiquitar prematuramente el trámite de los procesos penales, se enmarcan dentro de una política criminal fundada en el objetivo de lograr la eficacia y eficiencia en la administración de justicia, razón por la cual, se beneficia al imputado o acusado con una sustancial rebaja de la pena respecto de la que habría de imponérsele si la sentencia se profiriera como resultado de la terminación del juicio oral, una vez superadas las distintas etapas que se encuentran previstas en la ley procesal, pues es claro, que de este modo el sujeto pasivo de la acción penal, ahorra en favor del Estado ingentes esfuerzos y recursos que tendrían que ser utilizados en la investigación y en el juzgamiento, esto es, en la dinámica de acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado<sup>3</sup>.

En la búsqueda de tal objetivo, el fiscal y el procesado podrán acordar la aceptación de responsabilidad del delito imputado o de uno relacionado que tenga una pena menor, a cambio de: (i) Eliminar de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo

---

<sup>3</sup> Cfr. CSJ. SP. Rad. 25726 de 21 de febrero de 2007.



específico; y, (ii) Tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena<sup>4</sup>.

También podrán llegar a una negociación o un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado “**obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales**”<sup>5</sup>.

En cuanto a los fines, naturaleza y alcance de los preacuerdos, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup> ha sido reiterativa y pacífica en ampliar cada vez más su alcance bajo el entendido de los principios que lo inspiran. En ese sentido:

*“En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser pre acordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de manera escueta que se trata de convenir lo que ‘implique la terminación del proceso’; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán ‘los hechos imputados y sus consecuencias’<sup>7</sup> sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.*

*“(…) la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas:*

*‘el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den*

<sup>4</sup> Cfr. art. 350 L. 906 de 2004.

<sup>5</sup> Cfr. art. 351 *idem*.

<sup>6</sup> CSJ. SP. Rad. 41570 de 20 de noviembre de 2013.

<sup>7</sup> Artículo 351 de la Ley 906 de 2004.



*lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de causales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”<sup>8</sup>*

En relación a otros asuntos susceptibles de negociación con miras a terminar anticipadamente los procesos, la misma Corporación<sup>9</sup>, ha sostenido:

*“Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».*

*“Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá pre acordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima...” (Subrayas fuera del texto original).*

En el entendido de que no se trata de una lista exhaustiva de temas materia de negociación se concluyó<sup>10</sup>:

*“Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los*

<sup>8</sup> CSJ. SP. Sentencia de 14 de diciembre de 2005. Rad. 21347; Sentencia de 10 de mayo de 2006. Rad. 25389, entre otras.

<sup>9</sup> CSJ. SP. Sentencia de 20 de octubre de 2010. Rad. 33478. En igual sentido, sentencias de 10 de mayo de 2006 y de 22 de junio de 2006, Rad. 25389 y 24817, en su orden.

<sup>10</sup> CSJ SP 20 nov. 2013, rad. N°41570, reiterada en CSJ SP13939-2014, 15 oct. 2014, rad. N°42184



*preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado. (Negrillas fuera del texto original)*

*“La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva”.*  
*(Subrayado propio)*

*“Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política”.*

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales expuestos, se tiene que en el orden a la consecución de la humanización de la justicia establecido en el artículo 348 de la ley 906 de 2004, se dotó a la fiscalía General de la Nación de las herramientas necesarias, que incluyen la flexibilización de los rígidos principios y valores del derecho penal, con la única salvedad de que el fiscal no puede crear tipos penales y en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva, no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponde conforme a la ley preexistente. No de otra manera, se podría llegar a la consecución de los fines establecidos para el instituto de los preacuerdos, sino es con **la**



**concesión de ciertas prerrogativas, que en compensación le permiten al procesado obtener una pronta y cumplida justicia.**

En ejercicio de esta potestad, la Fiscalía puede degradar la conducta inicialmente imputada, seleccionar un tipo penal que recoge la cuestión fáctica de una manera más benigna al procesado con el fin de disminuir la pena, eliminar una circunstancia de agravación (genérica o específica) o algún cargo específico, variar el grado de participación, reconocer los fenómenos amplificadores del tipo, entre otros supuestos<sup>11</sup>.

### **7.3.2. Negociación y principio de discrecionalidad reglada.**

La Corte Constitucional en sentencia SU479-2019, indicó que, los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –según el estándar previsto para cada fase-, pues les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos. Así, los acuerdos en los que se opta por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes “no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes”.

En ese desarrollo jurisprudencial, y atendiendo las directrices o pautas sentadas por el tribunal constitucional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 14 de abril del 2021 Rad. 54691, reconoció que los criterios en materia de preacuerdos no son unánimes, sin embargo, destacó que en proveído rad. 51596 del 27 de

---

<sup>11</sup> Cfr. CSJ. SP. Rad. 47630 de 14 de junio de 2017



febrero de 2019, se indicó que los fiscales deben precisar en qué eventos un cambio en la calificación jurídica corresponde a la estructuración de los cargos, y en qué casos la misma obedece a beneficios otorgados al imputado o acusado, pues solo de esa forma podrán verificarse los límites que el legislador estableció puntualmente para la celebración de los acuerdos, ello para que los jueces constaten que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico. De suerte que:

«los fiscales no están facultados para modificar el contenido de la imputación (la procedente, según las reglas atrás relacionadas), como una forma de otorgar beneficios a cambio de la eventual aceptación de cargos o la posterior celebración de acuerdos, por diversas razones, entre ellas: (i) los requisitos materiales de la imputación y la acusación, así como sus aspectos formales, fueron regulados expresamente por el legislador; (ii) el fiscal no puede suprimir, a título de beneficio, aspectos factuales de la hipótesis que estructuró a la luz de las normas que regulan esta faceta del ejercicio de la acción penal, entre otras cosas porque no podría incluirlos en una eventual acusación en caso de que el acuerdo no se materialice, habida cuenta de la consonancia fáctica que debe existir entre los cargos incluidos en ambos escenarios; (iii) de lo contrario, un procesado podría beneficiarse con una imputación ajena a la legalidad, así decida posteriormente desistir del preacuerdo “prometido”, o intentar la consecución de beneficios ilegales, producto de un cambio subrepticio de la imputación y del posterior allanamiento a cargos; (iv) en este tipo de escenarios, se le privaría al juez de realizar las verificaciones inherentes a estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, entre ellas, la existencia del “mínimo de prueba” a que alude el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, la concerniente a la acumulación ilegal de beneficios o el desconocimiento de las prohibiciones legales frente a determinados delitos, límites que, sin duda, constituyen una clara expresión de la política criminal del Estado, a la que están sometidas este tipo de convenidos (Art. 348 ídem)».

En la sentencia de casación SP2073-2020, jun. 24, rad. 52227<sup>12</sup>, en consonancia con las motivaciones expuestas por la Corte

---

<sup>12</sup> Reiterada, entre otras, por la SP2295-2020, jul. 8, rad. 50659; y la SP3002- 2020, ago. 19, rad 54039.



Constitucional en la SU-479/2019, se establecieron los parámetros de interpretación de las normas constitucionales y legales que regulan el instituto de los preacuerdos, resaltando que las facultades de la Fiscalía General de la Nación en ese ámbito, especialmente a la hora de definir el beneficio a otorgar, no son ilimitadas, sino que, por el contrario, están sujetas al principio de «**discrecionalidad reglada**».

El concepto de “discrecionalidad reglada”, está orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que el Juez debe verificar: i) el consentimiento y voluntad del procesado (ii) la claridad del acuerdo en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, (iii) la existencia de un mínimo de prueba, (iv) el respeto a los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) que se acaten las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) se realice el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; (vii) se garanticen los derechos de las víctimas.

En la decisión en comento, la Corte al abordar los escenarios y la modalidad de acuerdo; en primera medida señala que, el escenario propio para dicho cometido se encuentra en la fase previas al juicio, en donde por la misma naturaleza progresiva de la investigación penal pueden existir concurrencia de hipótesis factuales en cuyo evento tiene terreno abonado los preacuerdos. De igual manera, en segundo lugar, a esa finalidad se puede llegar cuando se da un cambio de calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a disminuir la pena, ello, empleando a modo de ejemplo, los dos casos analizados por la Corte Constitucional en la sentencia SU479/2019, donde, sin



ninguna base fáctica, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal, lo que dio lugar a que la pena prevista para el porte ilegal de armas de fuego se disminuyera en un 83%, así como a una rebaja igualmente considerable en un caso de abuso sexual donde aparece como víctima una mujer con discapacidad mental, esta modalidad de acuerdo desde la perspectiva constitucional resulta inadmisibles, por cuanto lo que concita es la arbitrariedad y no una verdadera aplicación del principio de discrecionalidad reglada.

La tercera modalidad que se resaltó, fue aquella en donde se opta por una calificación jurídica que se corresponde con los hechos jurídicamente, pero con miras a disminuir la pena se escoge un instituto o categoría penal que no se corresponde con los hechos y que solo se constituye en instrumento o mecanismo para disminuir la pena (ficción legal).

Centrando la atención a esta última modalidad de preacuerdo, se ha reconocido que, *“Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados) puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, (...) (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 transgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de la víctima; (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados,*



etc.”

En ese orden, los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, no están habilitados para conceder beneficios sin límites a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica o a través del mecanismo de ficción legal para disminuir la pena, pues, están sometidos a un margen de discrecionalidad reglada orientados a que, no se afecte el prestigio de la administración de justicia, y en general, que el acuerdo se ajuste al marco constitucional y legal.

A este respecto, los beneficios que se pueden otorgar en los preacuerdos en los que se toma como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena, tienen como principal límite la proporcionalidad de la rebaja que habrá de fijarse conforme a los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico, 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, algunos de los cuales fueron señalados a **título meramente enunciativos**<sup>13</sup> por la Sala de Casación Penal en la decisión Rad. 52227, así:

*“(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, para lo que deberá abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios”.*

---

<sup>13</sup> CSJ SP, SP2295-2020, Rad. 50659 del 8 de julio de 2020



En virtud de lo dicho, aunque se les permita a los fiscales tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, tal y como ocurre con otras modalidades de terminación anticipada de la actuación penal<sup>14</sup>.

**7.3.3. Improcedencia de los preacuerdos cuando el sujeto activo obtiene un incremento patrimonial fruto de la conducta punible y no reintegra por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido, ni asegura el recudo del remanente.**

En materia de los preacuerdos el artículo 349 de la ley 906 de 2004 establece un requisito de procedencia para los casos en los que el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial fruto de la conducta punible, en tanto no se podrán celebrar hasta que se reintegre, por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente.

**7.4. Caso concreto**

**7.4.1.** En el caso que centra la atención de la Sala, en primera medida, y tal como se indicó en el *ítem* de antecedentes procesales, se tiene que la fiscalía al momento de formular acusación endilgó a ALFREDO ROYET BRIEVA, ELIBER ZULUAGA, WALBERTO DAVID HORMECHEA, HEINER RAMÓN PELUFFO CASTRO, JORGE NAVARRO NÚÑEZ NAVARRO Y LUIS ALFONSO PONCE GARRIDO los delitos de Concierto Para delinquir en concurso con Hurto Calificado Agravado.

---

<sup>14</sup> Ibidem



De igual forma, conforme a los registros fonéticos de la actuación, se tiene que el delegado fiscal, como titular de la acción penal, en la verbalización de los términos del preacuerdo, indicó que el único beneficio pactado consiste en eliminar de la acusación la circunstancia calificante del Hurto. Al respecto, se pactó la pena de 50 meses de prisión y multa de 1 SMLMV.

En la forma como viene presentado el preacuerdo, se debe indicar que el mismo se ubica en la modalidad de simple, pues, se respeta el núcleo fáctico y jurídico de la acusación, dándosele solamente aplicación plena al numeral 1° del artículo 350 de la ley 906 de 2004, esto es, se *“elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico”*. De manera que, ninguna dificultad se ofrece al momento de ejercerse el control de legalidad por parte del juez de conocimiento cuando se está frente a este tipo de convenio, ya que este cuenta con un margen de acción para determinar la pena a imponer empleando el sistema de cuartos<sup>15</sup>, o, en caso de proponerse la sanción penal por las partes, determinar si la misma respeta el principio de legalidad y los derechos fundamentales.

Dicho lo anterior, se tiene que, al momento de formularse acusación y en la verbalización del preacuerdo, aunque no se puntualizó las circunstancias fácticas que conllevaron una afectación al patrimonio económico de los señores BERTONEL MONTES, EDER LUIS FONTALVO CARDENAS, OSNAIDER MIGUEL QUIÑONEZ, DAIRO MEDINA HERNÁNDEZ, SABAS SEGUNDO PEÑAS DONADO, EDGAR LIMA LAMBRAÑO Y SILVIO ESTRELLA REYES, la fiscalía señaló que los mismos eran víctimas, por lo que, de cara a la procedencia del preacuerdo, se debía reintegrar por lo menos el 50% del valor

---

<sup>15</sup> CSJ SP, Rad. 26448 del 7 de febrero de 2007.



equivalente al incremento percibido y asegurar el recaudo del remanente (artículo 349 de la ley 906 de 2004).

Teniendo de presente tal cometido, la encargada de ejercer la acción penal expresó que, únicamente, se logró por parte de los acusados materializar la indemnización de los señores BERTONEL MONTES, EDER LUIS FONTALVO CÁRDENAS, DAIRO MEDINA HERNÁNDEZ, SABAS SEGUNDO PEÑAS DONADO y EDGAR LIMA LAMBRAÑO; no así de **OSNAIDER MIGUEL QUIÑONEZ y SILVIO ESTRELLA REYES**, por cuanto fue imposible lograr su ubicación.

Se expuso que, a BERTONEL MONTES se le entregó una novilla de 2 años de edad, color blanco con capacidad de gestación. A EDER LUIS FONTALVO CÁRDENAS una vaca de 3 años de edad, negra, con capacidad de gestación, productora de leche en promedio de 6 litros. A DAIRO MEDINA HERNÁNDEZ se le entregó una vaca de 3 años de edad, mona, capacidad de gestación, productora de leche de 6 a 8 litros. SABAS SEGUNDO PEÑAS DONADO una vaca de 3 años de edad, color pardo, capacidad de gestación, productora de leche de 6 a 8 litros. Y a EDGAR LIMA LAMBRAÑO una vaca de vientre de 3 años de edad, amarilla, capacidad de gestación, productora de leche de 6 a 8 litros.

Agregó el delegado del ente persecutor que, conforme a experticia realizada por el perito Cesar Augusto Murgas Mendoza, en compañía de Manuel Arrieta Diaz –Profesional Universitario Adscrito a la Oficina Técnica Agropecuaria UMATA-, se indicó que el valor estimado de cada semoviente entregado a las víctimas reseñadas, se corresponde con la realidad de los precios que se manejan en el mercado bobino. Es por ello, que, en su criterio, se indemnizaron al “100% por parte de los



*sujetos activos involucrados en el acuerdo suscrito entre ellos y las víctimas producto de la ejecución de un comportamiento delictivo”.*

De igual forma, destaca que la pericia arrojó que *“no se presentó un incremento material por parte de estas personas, toda vez que los semovientes entregados corresponden a la realidad del mercado de semovientes de la Zona de El Carmen de Bolívar.”*

En cuando a la no indemnización de los señores **OSNAIDER MIGUEL QUIÑONEZ y SILVIO ESTRELLA REYES**, destacó que, a través de informe de investigador de campo, *“los mismos viven en zonas rurales de difícil acceso que imposibilita llegar mediante correo”.*

Visto así el panorama fáctico probatorio que gobierna el presente trámite de terminación anticipada, la Sala debe anunciar desde ya, que le asiste razón al *a quo* al improbar el preacuerdo sometido a control de legalidad, pues, es evidenciable que no ha garantizado a plenitud el requisito *sine qua non* establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal del 2004.

Lo anterior es así, por cuanto se observa una falta de transparencia por parte de la fiscalía al momento de celebrar la negociación, toda vez que, a pesar de realizar de manera global una calificación fáctica, en la cual reconoce la afectación de los derechos patrimoniales de una pluralidad de víctimas, a través del preacuerdo pretende fraccionar dicha realidad, desconociendo los derechos de Osneider Quiñonez y de Silvio Estrella, abandonando, de esta manera, su función constitucional de *“velar por la protección de las víctimas”.*



Aunque para la Sala es claro que se han realizado labores investigativas para lograr la comparecencia al proceso de Osnaider Miguel Quiñonez y Silvio Estrella Reyes, ello no es óbice para que se desconozcan sus garantías fundamentales dentro de la actuación, pues, atendiendo al preacuerdo global que aquí se propone, se les deben garantizar los derechos a todas las víctimas, sin excepción, no pudiendo aprobarse dicho convenio con víctimas ausentes, ya que se produjo un incremento patrimonial respecto de cada delito cometido.

En este punto, se debe destacar que aceptar el preacuerdo tal como viene propuesto, sería desconocer lo dispuesto en el artículo 348 de la norma procesal en comento, pues el legislador asignó como finalidad de los preacuerdos la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito a la víctima, siendo este, entonces, un derecho constitucionalmente reconocido. De ahí que la jurisprudencia haya reconocido facultades en favor de la víctima para que intervenga en el proceso y sea considerada en las decisiones que se adopten, en este sentido se han pronunciado las sentencias C-516 de 2007, C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007.

La naturaleza constitucional de los derechos y garantías de la víctima están fincados en el numeral 7° del artículo 250 de la carta magna, contra este mandato superior **no se puede legitimar condenas por delitos en modalidades no cometidas.**

Las anteriores premisas imponen la necesidad de admitir que la afectación de los derechos y garantías de las víctimas, dada su naturaleza constitucional, no está proscrita de los preacuerdos, por cuanto, al tenor de lo señalado en el artículo 351 del C. de P.P. las negociaciones obligan al juez *“salvo que ellos desconozcan o quebranten*



*las garantías fundamentales*”, naturaleza esta que tienen los derechos a verdad, la justicia y la reparación.

El agravio a las víctimas se advierte con facilidad si se tiene en cuenta que los perjuicios y la reparación deben corresponder a la responsabilidad penal declarada por el juez en la respectiva sentencia, por lo que, en caso de una pluralidad de víctimas, no se podría emitir condena de manera anticipada desconociendo la participación de algunas de ellas.

Es que, en la situación de marras, si la responsabilidad en virtud de la celebración del preacuerdo se declara por el delito de Concierto para delinquir en concurso con Hurto Agravado, ello conlleva a la irrestricta reparación de todas las víctimas, pues, aunque algunos no hayan concurrido a la actuación, sus derechos no pueden ser desconocidos en la correspondiente sentencia, en donde a la sazón, existió un correlativo incremento patrimonial por parte de los acusados.

Resáltese que, aunque las víctimas no tengan poder de veto, sí tienen derecho de ser oídas e informada acerca de la celebración de los preacuerdos, aspecto este que ha sido omitido en el presente asunto, no destacándose elemento alguno que sea indicativo de haberse asegurado el reintegro del incremento patrimonial que produjo la comisión del delito respecto de los señores Osnaider Miguel Quiñonez y Silvio Estrella Reyes.

Ora advertir, que, en materia de acuerdos, el legislador estableció diversas reglas, que deben ser acatadas por los fiscales, al celebrar los acuerdos, y por los jueces, al verificar los requisitos para emitir sentencias condenatorias anticipadas.



En lo que concierne a los jueces, es de su competencia constatar que: (i) el procesado fue debidamente informado acerca de las consecuencias de someterse a la terminación anticipada de la actuación penal, actuó libremente, estaba en capacidad de disponer de sus derechos, etcétera; (ii) el acuerdo es suficientemente claro, especialmente en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, según lo indicado en el numeral 6.1.2., (iii) existe “*un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”, lo que está orientado a salvaguardar la presunción de inocencia, tal y como lo dispone expresamente el artículo 327 de la Ley 906 de 2004; (iv) se respetaron los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) **se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004**; (vii) se garantizaron los derechos de las víctimas; etcétera. En idéntico sentido, CSJSP, 8 jul. 2009, Rad. 31280.

En la forma como viene de verse, resulta evidente que no les asiste razón a los recurrentes, pues, el control ejercido por el Juez Primero Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar es acertado y acorde con los parámetros legales y constitucionales reseñados. Razón por la cual, al no saciarse plenamente el presupuesto establecido en el artículo 349 *ídem*, dicha circunstancia conlleva a la Sala a confirmar dicha decisión.

Finalmente, la Sala debe resaltar que cuando se presenta un concurso de delitos, aplicar una rebaja de manera global por todos los delitos incluidos en la acusación no viola el artículo 351 de la norma en cita, sin embargo, tal negociación debe hacer honor al principio de transparencia y lealtad con todas las partes e intervinientes, en pro de



garantizar los derechos que les asisten constitucionalmente. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión Rad. 50659, indicó que:

*“(i) no existen diferencias sustanciales entre conceder ese beneficio para todos los delitos cuando se investigan y juzgan en un mismo proceso, frente a lo que sucedería frente a una eventual ruptura de la unidad procesal; (ii) en consonancia con lo anterior, si los delitos fueran juzgados en procesos distintos, en cada uno de ellos el procesado tendría derecho a allanarse a los cargos o celebrar acuerdos con la fiscalía sin perjuicio de las expresas prohibiciones legales; (iii) ello es acorde con lo que sucede con la figura del allanamiento a cargos, donde el monto de la rebaja abarca todos los delitos frente a los que se toma dicha decisión; y, (iv) lo anterior no determina la desproporción del beneficio otorgado, (...).”*

**7.5.** En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal,

## **8. RESUELVE.**

**PRIMERO. CONFIRMAR** el auto interlocutorio objeto del recurso de apelación, proferido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar, el día 31 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

**SEGUNDO:** Hechas las anotaciones de rigor, **REMÍTASE** de inmediato la actuación al Juzgado de conocimiento, para que continúe con el trámite ordinario.



**TERCERO.** La presente decisión deberá ser notificada teniendo en cuenta las prescripciones contempladas en el artículo segundo del Acuerdo N° 015 del 4 de mayo de 2020.

**CUARTO. REGISTRAR** por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema Justicia XXI.

**QUINTO.** Contra esta decisión no procede recurso.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL  
MAGISTRADO PONENTE.**

  
**FRANCISCO ANTONIO  
PASCUALES HERNÁNDEZ  
MAGISTRADO**

  
**PATRICIA HELENA  
CORRALES HERNÁNDEZ  
MAGISTRADA**

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO  
Secretario