

RV: Generación de Tutela en línea No 767965

John Alexander Ruiz Beltran <Johnrb@cortesuprema.gov.co>

Vie 01/04/2022 12:22

Para: Recepcionprocesospenal <recepccionprocesospenal@cortesuprema.gov.co>;carlosaliriov@yahoo.com.co <carlosaliriov@yahoo.com.co>

CC: Secretaria General Corte Suprema <secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

CESG N° 611

Señores

Secretaría de la Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ref: Traslado N° 309 de tutelas contra los Tribunales Superiores de Distrito Judicial

Accionante: Gloria Esperanza Herrera Ospina, a través de apoderado

Accionado: Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja

Para los fines pertinentes, se reenvía el correo electrónico que contiene adjunta la acción de tutela citada en la referencia.

Comunicación del traslado:

Señor

CARLOS ALIRIO VALCARCEL CARVAJAL

Mediante el presente, se comunica que para los fines pertinentes su acción de tutela se remitió a la Secretaría de la Sala de Casación Penal.

Sobre el particular, amablemente se solicita que a futuro tratándose del asunto se dirija única y directamente al e-mail: secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co, en aras de la celeridad y para evitar traumatismos

Lo anterior en razón a que, el reparto y demás gestiones de los procesos ordinarios y de tutela se realizan a través de las Secretarías de cada Sala Especializada, esta oficina maneja los asuntos de Sala Plena y temas administrativos.

John Alexander Ruiz Beltrán
Auxiliar Judicial 03
Secretaría General
(571) 562 20 00 ext. 1218
Calle 12 N.º 7-65, Bogotá, Colombia.

De: Secretaria General Corte Suprema <secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 1 de abril de 2022 11:29 a. m.

Para: John Alexander Ruiz Beltran <Johnrb@cortesuprema.gov.co>

Cc: Carlos Orlando Hernandez Chiquiza <carloshc@cortesuprema.gov.co>; Yeimy Alexandra Vargas Lizarazo <Yeimyvl@cortesuprema.gov.co>

Asunto: RV: Generación de Tutela en línea No 767965

1 Buenos días envío acción de tutela de Gloria Esperanza Herrera contra SALA PENAL TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

Muchas gracias y que tenga un feliz día.

Cordialmente,



Adriana Ramírez Peña
Asistente Administrativo Grado 06
Secretaría General
(571) 562 20 00 ext. 1205
Calle 12 N° 7 - 65
Bogotá, Colombia.

De: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Tunja <apptutelastun@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 31 de marzo de 2022 5:20 p. m.

Para: Secretaria General Corte Suprema <secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Cc: carlosaliriov@yahoo.com.co <carlosaliriov@yahoo.com.co>

Asunto: RV: Generación de Tutela en línea No 767965

Cordial Saludo:

De manera atenta estoy enviando a su despacho Generación de Tutela en línea No 767965 para fines pertinentes.

Atentamente,

LUZ MYRIAM LOPEZ VARGAS
Asistente Administrativo
REPARTO- OFICINA JUDICIAL
DESAJ- TUNJA



De: Tutela En Linea 03 <tutelaenlinea3@deaj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 31 de marzo de 2022 11:10

Para: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Tunja <apptutelastun@cendoj.ramajudicial.gov.co>; carlosaliriov@yahoo.com.co <carlosaliriov@yahoo.com.co>

Asunto: Generación de Tutela en línea No 767965

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
REPÚBLICA DE COLOMBIA
Buen día,
Oficina Judicial / Oficina de Reparto

Se ha registrado la Tutela en Línea con número 767965

Departamento: BOYACA.
Ciudad: TUNJA

Accionante: CARLOS ALIRIO VALCARCEL CARVAJAL Identificado con documento: 6775606
Correo Electrónico Accionante : carlosaliriov@yahoo.com.co
Teléfono del accionante : 3204938576
Tipo de discapacidad : NO APLICA

Accionado/s:
Persona Jurídico: SALA PENAL TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA- Nit: ,
Correo Electrónico: secspstun@cendoj.ramajudicial.gov.co
Dirección:
Teléfono:

Medida Provisional: NO

Derechos:
DEBIDO PROCESO,

Descargue los archivos de este trámite de tutela aquí:
[Archivo](#)

Cordialmente,

Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial Nota Importante:
Enviado desde una dirección de correo electrónico utilizado exclusivamente para notificación el cual no acepta respuestas.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando

cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS

SALA PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

E. S. D.

Ref. Acción de Tutela contra la SALA PENAL DEL HONORABLE TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

Proceso No. Causa R.I. 2018-0637 y CUI 150016000000201700056.
Contra GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA.

CARLOS ALIRIO VALCARCEL CARVAJAL, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado de la señora GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA. Actualmente retenida en la Cárcel Distrital de la ciudad de Sogamoso, Por medio del presente escrito, muy respetuosamente me permito presentar. ACCIÓN DE TUTELA. Por violación al debido proceso. Contemplado en el Art 29 de la C.N. En contra de Auto de fecha Primero (1º) de marzo de 2021. Por medio del cual se improbo el acuerdo realizado por la procesada. CON LA Fiscalía Novena Seccional de Tunja y el cual fue aprobado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2018, dentro del radicado No. 2017-00769. Y por el cual la condeno a la pena principal de CIENTO SETENTA Y UN PUNTO SESENTA Y SEIS (171.66) MESES de prisión, por los delitos de secuestro simple agravado en concurso homogéneo.

PETICIONES

1º.- Se Tutele el Derecho Fundamental al debido proceso. Contemplado en el Art 29 de la C.N. de la señora GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA.

2º.- Se revoque la providencia de fecha Primero (1º) de marzo de 2021. Proferida por la SALA PENAL DEL HONORABLE TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA. Siendo Ponente, la Dra. LUZ ÁNGELA MONCADA. Y por medio del cual se improbo el acuerdo realizado por la procesada. El cual fue aprobado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2018, dentro del radicado No. 2017-00769. Y por el cual la condeno a la pena principal de CIENTO SETENTA Y UN PUNTO SESENTA Y SEIS (171.66) MESES de prisión, por los delitos de secuestro simple agravado en concurso homogéneo.

3º- Se ordene el estudio y aprobación del acuerdo aprobado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2018. Dentro de la causa en referencia.

Lo anterior teniendo en cuenta los siguientes:

.HECHOS

1º- La señora GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, a través del suscrito solicitud en debida forma. Preacuerdo con la Fiscalía Novena Seccional de Tunja y por lo cual fue condenada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2018, dentro del radicado No. 2017-00769. Y la condeno a la pena principal de CIENTO SETENTA Y UN PUNTO SESENTA Y SEIS (171.66) MESES de prisión, por los delitos de secuestro simple agravado en concurso homogéneo.

2º- El Preacuerdo y sentencia referidos, fueron impugnados por los apoderados de víctimas reconocidos dentro del proceso. Manifestando su inconformidad. Argumentando un incumplimiento al artículo 349 de la Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal) el cual prohíbe celebrar preacuerdos respecto de delitos en los que el sujeto activo obtiene un incremento patrimonial. En esos casos, la única posibilidad para acceder al preacuerdo es que el sujeto activo reintegre, por lo menos, el 50% del valor percibido y asegure el recaudo.

3º- Mediante providencia de fecha Primero (1º) de marzo de 2021. Proferida por la SALA PENAL DEL HONORABLE TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA. Siendo Ponente la Dra. LUZ ÁNGELA MONCADA. Se improbo el acuerdo realizado por la procesada, acogiendo el planteamiento expresado por los apoderados de víctimas.

ARGUMENTACION

La revocatoria del preacuerdo y sentencia señalados, es violatoria del debido proceso constitucional de la señora GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, ya que le ha negado sus derechos a una pronta y eficaz aplicación del sistema de Justicia. Pues el delito por el cual se ha solicitado el preacuerdo es el de secuestro simple agravado, el cual por definición jurídica. No tiene carácter patrimonial, por lo que el recurso interpuesto es inapropiado.

la providencia impugnada a través de la vía excepcional de la presente acción de tutela. Ha vinculado un carácter patrimonial y económico a un tipo penal tipificado en el capítulo de delitos contra la libertad y hecho prevalecer un derecho económico y no fundamental. Por encima del precepto consagrado en el Art 29 de la C.N.

El argumento esgrimido por los apoderados de víctimas dentro del recurso de apelación y admitido y sustentado por la Sala Penal del Honorable Tribunal de Tunja en la providencia señalada, No ha demostrado que se haya violentado o afectado algún derecho fundamental de la víctimas, ya que se tuvieron en cuenta debidamente los términos de la pena a imponer a la procesada, los cuales están dentro de los límites razonable y ponderados y la rebaja de pena se ajustó debidamente a lo consagrado legal y constitucionalmente.

Sobre la improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado, el artículo 349 C.P.P. reza:

"Art. 349. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente"

La citada norma fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-059/10, por medio de la cual se declaró exequible, y al respecto indicó:

"En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente. En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración pública (v.gr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, el propósito de la norma acusada no es crear una especie de beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito.

En este orden de ideas, la norma acusada, **antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales.**

En suma, la norma acusada no puede ser interpretada de manera aislada, sino como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada. [...]

Así pues, queda claro que, la restricción que establece el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 a la celebración de acuerdos y preacuerdos **no puede confundirse con los fines y los desarrollos del incidente de reparación integral de las víctimas.** [...]

Dado que en el preacuerdo presentado se trató de la aceptación de responsabilidad penal y de dosificación de la pena por el delito de secuestro simple. El cual ya se advirtió previamente. No comporta una apropiación patrimonial por parte de la procesada la señora GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, su aprobación es viable y legalmente sustentada al no quedar cobijado con las prohibiciones de la norma citada.

De acuerdo con lo anterior, y para el caso concreto, se debe precisar: que la exigencia del artículo 349 C.P.P., se debe cumplir con dicha disposición

en todas las negociaciones donde el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo; y en presente proceso. La señora HERRERA OSPINA no obtuvo ningún beneficio económico en el delito de secuestro simple.

La prohibición argumentada por la Sala Penal del Honorable Tribunal de Tunja, debe basarse y fundamentarse en la posibilidad de una tasación de reintegro o pago por los daños recibido. Pero en el presente caso, por sustracción de materia. No es posible tazar la apropiación o beneficio del delito de secuestro simple agravado.

Para que se hable de retribución o para que se pueda exigir en los casos de reparación, se dice que el responsable debe restituir el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado. Lo cual establece claramente que es un fenómeno jurídico valorable pecuniariamente. Y reiteramos, en el presente caso en el cual se trató de un preacuerdo por un delito por afectación a la libertad individual. NO es posible tal acomodación jurídica.

Así las cosas, habría una diferencia sustancial entre lo argumentado por el Honorable Tribunal y la realidad procesal del preacuerdo improbadado, Ya hace una exigencia incorrecta al querer que la procesada haga un reintegro pecuniario y económico sobre un tipo penal que no comporta valoración pecuniaria.

La exigencia argumentada por los apoderados de víctimas en el presente proceso. Es de imposible cumplimiento para la procesada, debido a que el preacuerdo fue claro y conciso sobre las condiciones del mismo y señalaba una aceptación de cargos por un delito tipificado en el código penal en el Título III. Delitos contra la libertad individual y otras garantías. Capítulo I.

Artículo 168. Secuestro SIMPLE. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El nuevo texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es evidente que por descarte jurídico. El delito señalado en el preacuerdo aquí improbadado. No tiene ese componente económico que se ha argumentado y que el Honorable Tribunal de Tunja, ha utilizado equivocadamente para rechazar el preacuerdo y la sentencia impuesta a la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA.

La idea de los preacuerdos está sustentada en lograr una justicia, afín con los propósitos del Estado, tendientes a evitar un mayor desgaste procesal, claro, a condición de que ello no afecte garantías fundamentales de las partes e intervenientes procesales. Sobre esto así se pronunció la Corte:

"(...) de acuerdo con la solución menos traumática y principalmente, acudiendo al argumento consecuencialista, con la mensurabilidad de las variables (teoría de la decisión) se deberá analizar aquellas dos proporciones condicionales y en ese sentido establecer las 4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Penal, Sentencia proceso 31280 del 8 de julio de 2009. Sentencia Segunda Instancia – SPA Radicación: 2016-02269-01 NI 22011 Condenado: JRCA M.P. Franco Solarte Portilla 16 consecuencias tanto de declarar la nulidad, como de reconocer la aludida diminuente de responsabilidad. La labor del operador judicial y, en este caso de la Corte Suprema de Justicia como garante y protector de los derechos y garantías fundamentales, no puede quedarse en la simple aplicación de la ley, la labor hermenéutica ha de nutrirse de muchas aristas, aquí específicamente la variable que representa la anulación desde la audiencia de formulación de imputación y por ende de todo el diligenciamiento, si bien acarrea como efecto inmediato la libertad incondicional del procesado (pues al quedar sin efecto tal audiencia, significa que no hay imputado) [por cuenta de este asunto, el procesado se encuentra en libertad], ello no se compadecería con los fines de proceso, más concretamente con el propósito racional de economizar jurisdicción cuando se trata de un procedimiento abreviado.”

El objeto del preacuerdo establecido con la procesada, no es únicamente el de la disminución de la pena al cual tiene derechos constitucionalmente. Es evitar el desgaste jurídico del Despacho acusador y del Juzgado al adelantar un proceso por el cual ya la parte acusada ha admitido su responsabilidad.

El presente recurso es viable, ya que se han agotado las vías ordinarias.

DERECHO

Invoco como normas aplicables: Art 29 de la C.N.

MANIFESTACIÓN JURADA

Bajo la gravedad el juramento que se entiende prestado con la presentación del escrito, manifiesto que no se ha radicado solicitud similar por los mismos hechos ante autoridad judicial alguna.

ANEXOS

Copia de auto fecha Primero (1º) de marzo de 2021. Proferida por la SALA PENAL DEL HONORABLE TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA. Siendo Ponente, la Dra. LUZ ÁNGELA MONCADA.

NOTIFICACIONES

El Honorable tribunal de Tunja, Sala Penal, será notificado a través de su dirección electrónica institucional. secsptstun@cendoj.ramajudicial.gov.co. Teléfono. 57 8 7425131

El señora GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, recibirá notificaciones en la Cárcel Distrital de Sogamoso.

El suscrito recibirá notificaciones en la calle 24 No. 9 -52 de Tunja. Tel Cel. 3204938576. Correo carlosaliriov@yahoo.com.co

De los Honorables Magistrados, muy atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Valcarcel".

CARLOS ALIRIO VALCARCEL CARVAJAL
C.C. No. 6.775.606 de Tunja
T.P. No 94 715 del C.S de la Judicatura
Cel. No. 320 4938576
Correo. carlosaliriov@yahoo.com.co

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL**

E. S. D.

Ref: Acción de Tutela contra la SALA PENAL DEL HONORABLE TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

Proceso No. Causa R.I. 2018-0637 y CUI 150016000000201700056. Contra GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA.

Ref: Poder

GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA. mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, . Actualmente retenida en la Cárcel Distrital de la ciudad de Sogamoso. Por medio del presente escrito muy respetuosamente me permito manifestar, que confiero poder especial al doctor CARLOS ALIRIO VALCARCEL CARVAJAL, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de su firma, para que, en mi nombre y representación, presente trámite y lleva hasta su terminación. Acción de Tutela. Por violación al Devido proceso. Art. 29. C.N. Contra Auto de fecha Primero (1º) de marzo de 2021. Por medio del cual se improbo el acuerdo realizado con la Fiscalía Novena Seccional de Tunja y el cual fue aprobado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2018, dentro del radicado No. 2017-00769.

Mi apoderado cuenta con todas las facultades inherentes para el ejercicio del presente Poder, incluidas las de Conciliar, Recibir, Transigir, Sustituir, Desistir, Renunciar, Reasumir y en general para presentar todas aquellas acciones y recursos necesarios para el buen cumplimiento de su gestión y en defensa de mis intereses.

Sírvanse, reconocerle personería en los términos y para los fines aquí señalados.

De Ustedes, Muy Cordialmente

GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA
C.C. No. 33368760
T.D. 11517



Acepto

CARLOS ALIRIO VALCARCEL CARVAJAL
C.C. No. 6.775.606 de Tunja
T.P. No. 94 715 del C.S de la Judicatura
Cel 3204938576
carlosaliriov@yahoo.com.co

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

INTERLOCUTORIO No. 072

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ.

**APROBADO: Tunja, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022),
Acta N° 023. Art. 30, Núm. 4º, Ley 16 de 1968.**

Para leerla en audiencia virtual programada para el martes primero (01) de marzo de dos mil veintidós (2022), a las diez de la mañana (10:00 a.m.).

Proceso Nro. 15001600000201700056 (2018-00637)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de víctimas contra la sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante la cual condenó a GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA como coautora impropia de los delitos de secuestro simple agravado en concurso con secuestro simple y la absolió de los cargos en su contra como coautora del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; como también se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Defensor de la procesada contra el auto de fecha seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferido por el mismo Juzgado de conocimiento, mediante el cual le negó el beneficio administrativo de permiso hasta setenta y dos (72) horas.

HECHOS

En la audiencia de formulación de imputación, el escrito y la audiencia de formulación de acusación y en el mismo preacuerdo, la Fiscalía narró los hechos por los que la procesada de manera preacordada aceptó su responsabilidad parcialmente, esto es, respecto a los delitos de secuestro simple agravado en

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

concurso con secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en los siguientes términos¹:

“El 24 o 25 de enero de 2017, vía telefónica una persona que se identificó como ANDRÉS NARVAEZ, hizo reserva en el hotel El CID para 40 personas (cupo total del hotel) indicando que pertenecían a una congregación religiosa llamada Alianza Cristiana y, que se hospedarían el 28 del mismo mes y año. Antes de esa fecha cambiaron la reservación para el día 4 y por último se concretó que era para el 3 de febrero. Llegando este día 3 de febrero de 2017 entre las 22:10 y 22:30 horas, en forma escalonada ingresaron cinco personas de sexo masculino al hotel ubicado en la carrera 10 No. 20-78 de Tunja. Fueron recibidas por el señor AURELIO ARIAS, quien para ese momento desempeñaba el cargo de recepcionista. Uno de los huéspedes se identificó como el Líder o pastor de la Iglesia Cristiana, el cual iba vestido de paño y cargaba un forro de guitarra, le entregó al recepcionista un listado de las personas que correspondía a los integrantes de la Iglesia que se alojarían en el Hotel. En ese momento el recepcionista entrega las llaves de las habitaciones a los primeros huéspedes quienes se dirigieron a las habitaciones. Luego el presunto líder de la comunidad religiosa llama al empleado que los atendió, es decir, al señor AURELIO ARIAS, y le dijo que no funcionaban algunos tomacorrientes, por lo que el empleado se dirigió a la habitación para solucionar la falla. Al ingresar a la habitación lo sigue el sujeto que lo llamó y en ese momento el empleado es reducido y amenazado con un arma de fuego y le dicen que no haga escándalo para que no le pase nada, lo amordazan, con cinta le cubrieron los ojos, lo atan de pies y manos y le refieren que son del frente 45 y que vienen de Manizales a una misión de rescatar unos documentos que una pareja que se había alojado días antes los había dejado. Este empleado duró en la condición de indefensión vigilado por uno de los implicados por espacio aproximado de dos horas. Entretanto, los otros cuatro integrantes del grupo de asaltantes se trasladaron hasta el apartamento del dueño del Hotel señor ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, persona de 91 años de edad,

¹ Audiencia de formulación imputación del 17 y 18 de marzo de 2017, celebrada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de control de garantías, registro de audio CDs a fls. 80-83; escrito de acusación del 14 de julio de 2017 fls. 201-210 y acusación en audiencia del 08 de agosto de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, registro de audio en CD a fl. 224, acta de preacuerdo del 15 de mayo de 2018 fls. 285-294, y audiencia de la misma fecha, 15 de mayo de 2018, de verificación y aprobación del preacuerdo CD a fl. 295.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

quien habitaba en el tercer piso del Hotel. Allí, lo ataron en las rodillas y pies, revolcaron y buscaron dinero y joyas por todos lados y violentaron una caja fuerte que tenía la víctima donde guardaba dinero y objetos de valor. El que vigilaba al señor AURELIO ARIAS, le preguntaba cómo estaba y una vez terminaron de esculcar, esto es, después de varias horas, le quitaron la mordaza y lo dejaron atado de pies y manos y con los ojos vendados. Después de un tiempo el empleado AURELIO ARIAS, logró desatarse y tras verificar que no hubieran (sic) personas armadas a su alrededor, llamó a la empleada personal del señor ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, señora CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS, quien contaba con permiso esa noche, y le comunicó la situación y a la vez llamó a las autoridades policivas quienes momentos después hacen presencia en el lugar de los hechos.

Las autoridades se trasladan hacia el apartamento del señor ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, a quien encuentran sobre una cama, atado en las rodillas y pies, un brazo amarrado y una bufanda cerca a la cara. Procedieron a llamar personal paramédico, quienes al llegar constataron que no tenía signos vitales, cuya situación hace que se llame a personal de Policía Judicial de Turno para que realice los actos Urgentes derivados del ilícito. Se determinó que hubo una apropiación ilícita de una suma en efectivo de dinero de diecisiete millones de pesos los cuales se encontraban escondidos en documentos; un computador marca HEWLETT PACKARD, valuado en la suma de dos millones de pesos; de la caja fuerte se apropiaron de: cinco monedas de oro valuadas en la suma de 18 millones de pesos; dos mil dólares –US 2000 que corresponden a seis millones de pesos, un reloj marca ROLEX valuado en la suma de veinticinco millones de pesos; pulseras en plata valuadas en la suma de dos millones de pesos, otro reloj de trece millones de pesos; para un total de 83 millones de pesos.

Adelantada la investigación se obtuvo información con la cual pudo inferirse razonablemente que en los ilícitos participaron las siguientes personas: DONOVAN STEWARD PINZÓN VANEGAS, MAC DONALD BERMÚDEZ DÍAZ, JUAN CARLOS SOTAQUIRÁ CASTELLANOS, TEISON PINZÓN DÍAZ, JORGE IVÁN GARCÍA JIMÉNEZ, YANY ALEJANDRO MORENO CASTILLO, IMER DANIEL VELA VACCA, CAMILO ANDRÉS SIERRA ROJAS, GLORIA

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

ESPERANZA HERRERA OSPINA y CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS, por lo que se solicitó captura en contra de estas personas, las cuales se materializaron con orden de allanamiento.

De conformidad con la información obrante dentro de la carpeta, se tiene que al sitio de los hechos para su materialización ingresaron los señores DONOVAN STEWARD PINZÓN VANEGAS, MAC DONALD BERMÚDEZ DÍAZ, JUAN CARLOS SOTAQUIRÁ CASTELLANOS, TEISON PINZÓN DÍAZ y JORGE IVÁN GARCÍA JIMÉNEZ. El señor YANY ALEJANDRO MORENO CASTILLO, GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA y CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS, durante la ejecución de la conducta punible en el hotel El CID estuvieron en una taberna departiendo y tomando licor. IMER DANIEL VELA VACCA y CAMILO ANDRÉS SIERRA ROJAS, eran taxistas que se comprometieron a dejar y recoger en la esquina del edificio CAMOL, a los que ingresaron al hotel.”

En el escrito y formulación de acusación, a más de esa narración fáctica, que fue la misma de la formulación de imputación y con la aclaración que fueron víctimas ALFONSO PÉREZ CHAPARRO y AURELIO ARIAS, la Fiscalía al hacer la calificación jurídica de las conductas, respecto de la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, precisó de los hechos, lo siguiente:

“Ello, por cuanto la señora GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, en su calidad de recepcionista del hotel El CID y conocedora del movimiento comercial de este establecimiento de comercio así como del apartamento de la víctima y existencia de la caja fuerte, por medio de YANY ALEJANDRO MORENO CASTILLO, contactó a MAC DONALD BERMÚDEZ DÍAZ, con quien empezaron a planear el ingreso al hotel y para ello debían simular una reservación tal como ocurrió. Además, YANY ALEJANDRO MORENO CASTILLO, debía recoger a GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA y a CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS, para ir a una taberna a bailar y tomar licor, mientras cometían el hurto. Igualmente, la imputado (sic) GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, se comprometió a invitar a salir esa noche de los hechos a CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS, con la finalidad de que ésta dejara sólo a la víctima toda vez que era la que lo cuidaba. También la acusada fue quien últimamente, indicó a

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

qué hora era que se debía ingresar al hotel para el atraco ya que no quería que ello se realizara en su turno sino en el siguiente, tal como se presentó y se debe resaltar que mientras estas personas se encontraban departiendo licor, GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA tenía pleno conocimiento de la actividad ilícita que se estaba desarrollando en el hotel”.

En el acta de preacuerdo se hizo la precisión que en favor de la procesada se precluyó la investigación por el punible de homicidio agravado, y en su contra se profirió sentencia condenatoria por hurto calificado y agravado conforme al allanamiento a cargos en la audiencia preparatoria.

ACUSADA

GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, identificada con la cédula de ciudadanía número 33.368.760 expedida en Tunja (Boyacá), nacida en Guateque (Boyacá) el 16 de mayo de 1983, hija de LUIS EDUARDO HERRERA BRAVO y GRACIELA OSPINA TABORDA, de profesión psicopedagoga, casada, grado de instrucción universitaria, para cuando se le vinculó al proceso residía en la Urbanización Estancia del Roble Torre E, Bloque 7, de Tunja, y laboraba como recepcionista en el Hotel El Cid Plaza. Privada de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Sogamoso.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 1 y 2 de marzo de 2017², ante el Juzgado Primero Penal de Tunja con funciones de control de garantías, se realizó audiencia preliminar de control previo en la que se impartió legalidad a la orden de Búsqueda Selectiva de Datos en algunas empresas de telefonía móvil, emitida por la Fiscalía Octava Seccional URI de Tunja, con el fin de obtener datos biográficos, sábanas de llamadas y mensajes entrantes y salientes de algunos abonados celulares; orden que fue objeto de control posterior en audiencia celebrada el 28 de marzo de 2017³ ante el Juzgado Tercero Penal de Tunja con funciones de control de garantías.

² Fl. 5-6 y CD c. uno.

³ Fls. 127-130 y CD, ibidem.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

2.- En audiencia preliminar celebrada el 14 y 15 de marzo de 2017⁴ ante el Juzgado Primero Penal de Tunja con funciones de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía Octava Seccional URI de Tunja, se ordenó la captura, entre otros, de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, y se legalizó en control previo la orden de registro y allanamiento de algunos inmuebles con el fin de obtener las capturas de los indiciados y recolectar elementos materiales de prueba.

3.- En audiencia preliminar celebrada los días 17 y 18 de marzo de 2017⁵, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con Función de Control de Garantías, se legalizó: la diligencia de registro y allanamiento, la incautación de elementos, y la captura de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA y otras nueve personas: DONOVAN STEEWAR PINZÓN VANEGAS, MAC DONAL BERMUDEZ DÍAZ, JUAN CARLOS SOTAQUIRÁ CASTELLANOS, TEISON PINZÓN DÍAZ, JORGE IVAN GARCIA JIMENEZ, YANI ALEJANDRO MORENO CASTILLO, CAMILO ANDRÉS SIERRA ROJAS, IMER DANIEL VEGA VACCA y CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS, a quienes la Fiscalía Octava Seccional URI de Tunja les formuló imputación como coautores de los delitos de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con secuestro simple, con circunstancia de agravación, hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego y municiones, cargos que no fueron aceptados por los imputados, a quienes se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, en el caso de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Sogamoso⁶.

4.- En audiencia del 24 de mayo de 2016⁷, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con función de control de garantías negó la solicitud de sustitución de medida de aseguramiento impuesta a la procesada.

5.- La Fiscalía Novena Seccional de Tunja, radicó el 21 de junio de 2017⁸ solicitud de preclusión por uno o varios delitos en relación con los diferentes

⁴ Fls. 12-13 ibidem.

⁵ Fls. 43-45, 80-83 y 6CDs, ibidem.

⁶ Se libró boleta de detención Nro. 020 de marzo 18 de 2017, fl. 54 ibidem.

⁷ Fls. 176-178 y CD, ibidem.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

imputados, en favor de GLORA ESPERANZA HERRERA OSPINA específicamente solicitó la preclusión por el delito de homicidio agravado; avocando conocimiento el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja en auto del 29 del mismo mes y año⁹.

Todo lo anterior, en el original proceso radicado con el CUI 150016000132201700308.

6.- Con nuevo número de radicación de proceso CUI 15001600000201700056, el 14 de julio de 2017, la Fiscalía Novena Seccional de Tunja presentó escrito de acusación¹⁰ contra GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA por los delitos de secuestro simple agravado, hurto calificado y agravado, y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego y municiones; aclarándose haberse solicitado previamente la preclusión: a favor de todos los imputados por el punible de Homicidio Agravado, respecto de CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS por todos los delitos que le fueron imputados y con relación a CAMILO ANDRÉS SIERRA ROJAS e IMER DANIEL VELA VACCA por los cargos imputados por los delitos de secuestro simple con circunstancias de agravación, y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, como también se indicó que se había firmado preacuerdo con los otros ocho imputados: DONOVAN STEEWAR PINZÓN VANEGAS, MAC DONAL BERMUDEZ DÍAZ, JUAN CARLOS SOTAQUIRÁ CASTELLANOS, TEISON PINZÓN DÍAZ, JORGE IVAN GARCIA JIMENEZ, YANI ALEJANDRO MORENO CASTILLO, IMER DANIEL VEGA VACCA y CAMILO ANDRÉS SIERRA ROJAS.

7.- La audiencia de formulación de acusación se celebró el 8 de agosto de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja¹¹, donde la Defensa solicitó la nulidad de la formulación de imputación, siendo negada, decisión contra la cual la peticionaria interpuso el recurso de reposición, no reponiéndose, procediendo la Fiscalía, con la misma imputación fáctica de la imputación, a acusar a GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA como coautora impropia de los delitos de hurto calificado y agravado, secuestro simple, con circunstancia de

⁸ Fls. 179-189 ibidem.

⁹ Fl. 198 ibidem.

¹⁰ 201-210 ibidem.

¹¹ Fl. 224- 225 y CD ibidem.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

agravación, secuestro simple, y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de conformidad a los artículos 240 inciso 1 numerales 1, 2 y 3 e inciso 2, 241 numerales 10 y 11, 168, 170 numerales 1,8 y 10, y 365 del C.P.

8.- El 3 de noviembre de 2017, cuando se pretendía dar inicio con la audiencia preparatoria, la procesada aceptó cargos por el punible de hurto calificado y agravado, manifestación de voluntad que fue objeto de aprobación por el Juez de conocimiento¹², emitiéndose sentencia condenatoria el “23 de enero de 2018” (sic), ordenándose la ruptura de la unidad procesal¹³.

9.- El 15 de mayo de 2018¹⁴, al darse inicio a la audiencia preparatoria, la Fiscalía radicó acta de preacuerdo suscrita con la acusada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA¹⁵, por los delitos de secuestro simple, con circunstancia de agravación, secuestro simple, y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de acuerdo con los artículos 168, 170 numerales 1,8 y 10; y 365 del C.P., acuerdo que fue objeto de verificación y aprobación por el Juez de Conocimiento en la misma audiencia, anunciándose el sentido del fallo condenatorio, pronunciándose las partes e intervenientes sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden de la culpable, la determinación de la pena y concesión de subrogados.

10.- En audiencia celebrada el 24 de julio de 2018¹⁶, el Juzgado emitió sentencia condenatoria, contra la cual los apoderados de las víctimas interpusieron recurso de apelación, sustentado por escrito dentro del término de ley¹⁷, siendo concedidos en el efecto suspensivo ante este Tribunal en auto del 9 de agosto de 2018¹⁸. La sentencia fue corregida en providencia del 25 del mismo mes y año, en cuanto a un error de la parte resolutiva respecto a la pena de multa¹⁹.

¹² Fls. 270-271, ibidem.

¹³ De acuerdo con sentencia proferida el 24 de julio de 2018, objeto de este recurso.

¹⁴ Fls. 295-297 y CD c. uno.

¹⁵ Fls. 285-294, ibidem.

¹⁶ Fls. 5-15 y CD, c. dos.

¹⁷ Fls. 20-45, ibidem.

¹⁸ Fl. 49, ibidem.

¹⁹ Fls 18-19 ibidem.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

El conocimiento del asunto en segunda instancia fue asignado a la Sala Tercera de Decisión Penal.

11.- Mediante providencia del 06 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja se abstuvo de resolver la solicitud de acumulación jurídica de penas y le negó el beneficio administrativo de permiso hasta de setenta y dos horas a GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, decisión contra la cual el Defensor de la procesada interpuso y sustentó los recursos de reposición y en subsidio apelación, siendo negada la reposición y concedida la apelación ante este Tribunal, en auto del 18 de agosto de 2021; remitidas las diligencias de reparto por asignación previa a esta Sala de Decisión²⁰.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, en sentencia proferida el veinticuatro (24) de julio de 2018, condenó a GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, en virtud de preacuerdo celebrado con la Fiscalía, como coautora impropia de los delitos de secuestro simple agravado en concurso con secuestro simple, imponiéndole la pena principal de 171.66 meses de prisión y multa de “CIENTO SETENTA Y SIETE PUNTO SETENTA Y SIETE (717.77) SMMLV” (sic) y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, negándole el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y la absolió de los cargos en su contra por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Luego de referirse a los hechos de la acusación y a cada una de las conductas punibles por las que se formularon los cargos, precisó que para demostrar la responsabilidad de la procesada y su grado de participación, se allegaron los siguientes elementos de prueba: la actuación de primer respondiente

²⁰ Las diligencias fueron remitidas digitalmente al correo electrónico del Despacho.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

del 4 de febrero de 2017; Inspección Técnica a Cadáver de quien respondía al nombre de ALFONSO PÉREZ CHAPARRO; informe pericial de necropsia No. 2017020225001000030; Informe de Investigador de Campo del 4 de febrero de 2017, cuyo objeto registrar fotográficamente el lugar de los hechos, incluyéndose 54 imágenes; Informe de Investigador de Campo del 15 de febrero de 2017 cuyo objeto era la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, con sus resultados; Informe de Investigador de Campo del 29 de febrero de 2017 que contiene análisis de resultados parciales de interceptación telefónica del abonado celular 3224066186; Informe del 29 de febrero de 2017 sobre trascipción de llamadas interceptadas en documento y CD, con actas de control posterior; Informe de Investigador de Campo del 13 de marzo de 2017, que cumplía la orden de identificar e individualizar a los autores responsables de la conducta de homicidio cometido en el Hotel el Cid el 3 de febrero de 2017; Informe de Investigador de Campo del 27 de febrero de 2017, cuyo objeto era la recolección de videos de cámaras de seguridad, con el fin de determinar los posibles autores de los hechos ocurridos el 3 de febrero de 2017; entrevistas de ERIK ALFONSO PÉREZ SALAMANCA, CLAUDIA MILENA GARZÓN ROSAS, GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, LUZ STELLA LAVERDE VARGAS, AURELIO ARIAS, MARÍA ALEJANDRA LÓPEZ PÉREZ, JOSÉ PATROCINIO CHÁVEZ AVELLANEDA, MÓNICA MARÍA PÉREZ SALAMANCA, MARÍA TERESA AMÉZQUITA CANO, MARIELA GIL SÁNCHEZ y JENNY MARGOTH PÉREZ SALAMANCA.

Refirió que también se allegaron los interrogatorios de TEISON PINZÓN DÍAZ, YANY ALEJANDRO MORENO CASTILLO, MAC DONAL BERMÚDEZ DÍAZ y JUAN CARLOS SOTAQUIRÁ CASTELLANOS, quienes, al igual que los demás autores del delito, coincidieron en que quien ideó la forma de llevar a cabo el hurto, en donde se redujo y mantuvo retenido en contra de su voluntad al administrador del Hotel El Cid y al propietario del mismo, fue la acusada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, quien conocía el lugar porque trabajaba allí e informó de la capacidad del hotel, haciendo entrega de las llaves del apartamento del propietario, que esa noche se encontraba solo, porque la procesada invitó a salir a la persona que lo cuidaba, para así facilitar la acción de los “cómplices”.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Refirió que también se determinó que los autores del injusto amordazaron, amenazaron y privaron de la libertad de locomoción, por un espacio aproximado de dos horas a AURELIO ARIAS, recepcionista del hotel, y que hicieron lo propio con ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, adulto mayor de 91 años a quien amordazaron y ataron de pies y manos, vendándole los ojos y abandonándolo en dichas condiciones, siendo hallado posteriormente sin vida, probanzas que aunadas a la aceptación de responsabilidad efectuada por la procesada permitían responsabilizarla del injusto atribuido, satisfaciéndose los requisitos previstos en el artículo 381 del C.P. y desvirtuándose la presunción de inocencia de la procesada.

Precisó que, GLORIA ESPERANZA HERRERA celebró preacuerdo con la Fiscalía siendo debidamente asesorada por su defensor respecto a las consecuencias de dicho acto, quien aceptó ser responsable como coautora impropia de las conductas penales de secuestro simple con circunstancias de agravación en concurso con secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, conductas tipificadas en los artículos 168, 170 numerales 1,8 y 10 parágrafo y 365 del C.P. a cambio que la Fiscalía le reconociera el descuento de una tercera parte de la pena a imponer, acuerdo que no podía desconocerse porque en este se había contemplado los hechos previstos en la formulación de imputación, respetándose la esencia de los tipos penales objetivos endilgados y acudiéndose válidamente a una de las modalidades posibles de acuerdo.

Señaló los extremos punitivos de cada conducta punible, refiriéndose a lo acordado entre la Fiscalía y la procesada, que se partiría del mínimo de la pena del delito de secuestro simple agravado del que había sido víctima ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, 256 meses de prisión y multa de 1.066.66 SMMLV, aumentándose 4 meses de prisión y 10 SMMLV de multa, por el concurso con la conducta de secuestro simple de la que fue víctima AURELIO ARIAS, y cinco meses más por el punible de porte ilegal de armas, monto al que se reconocería el descuento de una tercera parte, para un total de 176.66 meses de prisión y multa de 717.773 SMMLV.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Sin embargo, respecto al punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, afirmó el *a quo* que con los elementos probatorios aportados por la Fiscalía no se probó que se hubiese incautado un arma de fuego de defensa personal, que el elemento que fue usado contara con aptitud para disparar y buen funcionamiento o que se hubiese obtenido respuesta del Departamento de Control y Comercio de Armas y Municiones y Explosivos si GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA era o no portadora legal de armas de fuego y defensa personal, habiendo expuesto los partícipes en sus interrogatorios que el arma usada para reducir a AURELIO ARIAS era de fogeo, siendo carga de la Fiscalía desvirtuar tal aseveración.

Con fundamento en lo anterior, absolvío a GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA de los cargos en su contra por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al considerar que no se superó el umbral consagrado en el artículo 381 del C.P.P., por lo cual descontó los cinco meses que se había acordado aumentar por dicha conducta punible, debiéndose imponer en definitiva de 171.66 meses de prisión y multa 717.77 SMMLV, aunque en la parte resolutiva en letras señaló ciento setenta y siete punto setenta y siete SMMLV de multa y en números 717.77 SMMLV, y como pena privativa de otros derechos la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal de prisión.

Por último, negó los beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, al no cumplir con los requisitos objetivos previstos en los artículos 63 y 38B del Código Penal.

En providencia del 25 de julio de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, corrigió la sentencia en cuanto a la pena de multa, aclarando que la misma correspondía a SETECIENTOS DIECISIETE PUNTO SETENTA Y SIETE (717.77) SMLMV, esto es, el monto consignado en números en la parte resolutiva de la sentencia corregida.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

2.- De los motivos de la apelación contra la sentencia.

2.1.- La representación judicial de AURELIO ARIAS y CAROLINA PÉREZ SALAMANCA en calidad de Víctimas.

Solicitó se revoque la absolución de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA por el delito de fabricación, tráfico, porte de armas o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, tipificado en el artículo 365 del C.P, y en su lugar se condene por el mismo, debiendo dosificarse la pena en los términos establecidos en el preacuerdo, en respeto de los derechos y garantías de la procesada y la víctima.

Relató que, llegado el día para la celebración de audiencia preparatoria, se realizó preacuerdo entre la Fiscalía y la Defensa, por los delitos de secuestro simple, secuestro simple agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; acuerdo que fue objeto de verificación y aprobación por la Juez de conocimiento, sin que tal decisión fuese objeto de recursos por las partes e intervenientes, pero que al emitirse la sentencia, la Juez decidió absolver a la procesada de los cargos en su contra por el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Discute entonces, que la funcionaria judicial no estaba facultada para intervenir en una negociación propia de la órbita de la Fiscalía, como ente acusador; actuación con la cual considera, la Juez le otorgó un doble beneficio a la procesada y vulneró el debido proceso de las partes, quienes no objetaron el preacuerdo ni recurrieron la decisión que lo aprobó.

Citando apartes de la sentencia proferida por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 47630, donde se dice que cuando el fallo se dicta en virtud de preacuerdo, no le es permitido al juzgador dictar condena por un tipo penal más benigno, porque ello no solo implica una intromisión en la función de acusar, con quebranto del principio acusatorio, sino que atenta contra el margen de negociación que legislativamente ha sido conferido

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

al Fiscal para que satisfaga su pretensión punitiva, por la vía de la manifestación de la culpabilidad pre acordada, desconociéndose con tal proceder la proscripción de acumulación de rebajas de pena; reiteró la solicitud de revocatoria de la absolución por parte de los cargos preacordados, pues la decisión cuestionada repercute, entre otros, en la prescripción, el principio de legalidad y la prohibición al doble beneficio.

2.2.- La representación judicial de MÓNICA MARÍA PÉREZ SALAMANCA y JENNY MARGOTH PÉREZ SALAMANCA en calidad de Víctimas.

Igualmente, solicitó se revoque la absolución de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA por el delito de fabricación, tráfico, porte de armas o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, para que se condene por dicho ilícito, y subsidiariamente se declare la nulidad de lo actuado desde la audiencia de verificación y aprobación del preacuerdo.

Sostuvo que la jueza de conocimiento erró al absolver a la encartada por el punible de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, dando credibilidad a los testimonios suministrados por los indiciados, que manifestaron que el arma de fuego usada para la perpetración del ilícito era de fogeo y no un arma de fuego; sin examinar la entrevista suministrada por AURELIO ARIAS el 4 de febrero de 2017 en donde manifestó que el sujeto que se identificó como el pastor, al ingresar a la habitación lo agarró por detrás, diciéndole que no gritara porque se moría, procediendo a encañonarlo, quien dio cuenta que el referido sujeto portaba un revólver niquelado.

Que aunque el Ministerio Público señaló que con la absolución no se desconoció el preacuerdo porque debían existir elementos probatorios mínimos que permitieran desvirtuar la presunción de inocencia, tal mínimo probatorio existe respecto de la conducta típica prevista en el artículo 365 del C.P., siendo la procesada asesorada por su defensor para la celebración del preacuerdo, pudiendo concluirse, de acuerdo a las reglas de la experiencia, que nadie acepta la realización de una conducta que no ha cometido.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Cuestionó el descuento realizado por la Juez, frente a la absolución por el punible de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, aduciendo que se descontó cinco meses a la pena definitiva, cuando lo procedente era descontar dicho monto de la pena principal, efectuando luego el descuento de la tercera parte con ocasión al preacuerdo, lo que arrojaría una pena principal de 260 meses de prisión y multa de 1.076.66 correspondientes, que al aplicarle la rebaja de una tercera parte de conformidad con los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004 arrojaría una pena definitiva de 173.33 meses de prisión y multa de 717.77 SMMLV.

Discutió la ilegalidad del preacuerdo celebrado entre la Defensa y la Fiscalía, manifestando que debió improbarse porque previo a su celebración, la procesada aceptó cargos por el delito de hurto calificado y agravado, para evadir su responsabilidad en la reparación de los perjuicios irrogados a las víctimas.

Que los delitos de secuestro agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones fueron cometidos para obtener un incremento patrimonial, siendo improcedente la celebración de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 349 del C.P.P., hasta que se reintegre el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente, lo que no ocurrió en el presente caso estudiado en donde la procesada no mostró ánimo de reparar a las víctimas, a más que conforme al artículo 348 del C.P.P. la finalidad de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado, entre otras, es propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.

Respecto a la pena acordada, manifestó que el 6 de julio de 2017 la Fiscalía celebró preacuerdo con los otros ocho procesados, por los delitos de secuestro simple agravado, secuestro simple, fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes y municiones y hurto calificado y agravado, celebrándose audiencia de verificación del mismo el 14 de febrero de 2018 en la que el Juez Primero Penal del Circuito de Tunja decidió no aprobarlo por no

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

cumplirse con el requisito previsto en el artículo 349 del C.P.P., ocasión en la que se acordó una pena de 270 meses de prisión por la conducta punible de secuestro simple agravado, 60 meses por la de secuestro simple y 24 meses más por el punible de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, para un total de 354 meses de prisión, a la cual se descontaría la mitad de la pena como consecuencia del preacuerdo celebrado, monto al que se adicionaría el valor correspondiente por la conducta penal de Hurto Calificado y Agravado, respecto de la cual solo se descontaría una tercera parte de la pena.

Pero que, en cambio, en el preacuerdo celebrado el 15 de mayo de 2018, que fue objeto de aprobación por el *a quo*, se pactó una pena de 256 meses por la conducta punible de secuestro simple agravado, a la cual se sumó 4 meses por el secuestro simple y 5 meses más por el punible de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, existiendo una diferencia notable entre las penas convenidas en cada uno de los eventos, determinándose en esta ocasión un monto muy bajo por el concurso de las conductas punibles, cifra que no resulta justa para las víctimas, ante el grave daño que les causó la acusada, en quien depositaron su confianza por más de siete años.

Como fundamento a sus alegaciones y pretensiones, citó los precedentes jurisprudenciales: sentencia C-059 del 3 de febrero de 2010 de la Corte Constitucional, sentencias SP14496-2017, SP16558-2015 y SP8666-2017²¹, proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a los derechos de las víctimas dentro del proceso penal.

3.- Del auto que negó el beneficio administrativo de permiso hasta de setenta y dos horas.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, en auto de agosto 06 de 2021, se abstuvo de resolver la solicitud de acumulación jurídica de penas y le negó la aprobación del beneficio administrativo de permiso hasta de setenta y dos horas a GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA.

²¹ Radicados 39831 del 27 de septiembre de 2017, 44840 del 2 de diciembre de 2015 y 47630 del 14 de junio de 2017.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Señaló la Juez *a quo*, que contra la procesada se profirieron dos sentencias condenatorias, una en la que se le condenó a 96 meses de prisión por el delito de hurto calificada y agravado, y otra en la que se le impuso 171.66 meses de prisión por secuestro simple agravado en concurso con secuestro simple, ambas pendientes de resolverse el recurso de apelación, encontrándose los procesos en este Tribunal.

Que, recibida la solicitud del apoderado de la procesada, mediante auto de del 27 de mayo de 2021, ordenó requerir al Defensor y a la Directora del Establecimiento Carcelario de Sogamoso para que aportaran la documentación correspondiente a fin de resolver las peticiones, y recibida la información sobre la situación de reclusión de la procesada, y del Defensor de la misma, quien señaló que no ha solicitado al Establecimiento Carcelario iniciar el trámite del permiso de hasta 72 horas, procedió a pronunciarse.

En cuanto a la acumulación jurídica de penas, precisó la Juez que la misma es procedente cuando existen sentencias condenatorias ejecutoriadas, lo cual no ocurre en el presente caso, a más que conforme al artículo 190 de la Ley 906 de 2004, se habilita la competencia del juez de conocimiento cuando se refiere únicamente a solicitudes de libertad y el asunto no esté vinculado con la impugnación de la sentencia condenatoria, es decir cuando no esté en firme; por lo que se abstuvo de resolver la petición.

Del permiso administrativo hasta de setenta y dos horas, después de referirse a las normas que lo regulan, dijo que debía acreditarse la propuesta o solicitud formulada por la autoridad penitenciaria, por ser la entidad que no solo tiene la relación inmediata con el interno y cumple con las funciones administrativas en cuanto a la ejecución de la pena, sino que tiene toda la información y posibilidad de acceder a la misma para presentar oportunamente la propuesta ante el Juez, citando algunos precedentes jurisprudenciales sobre el tema, pasando a analizar el caso concreto.

Así entonces, dijo que la Directora de la Cárcel de Sogamoso informó que

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, se encontraba en fase de alta seguridad, descontando pena para redención en enseñanza (monitores laborales), con una calificación a la fecha de la información en el grado de ejemplar, habiendo solicitado el 13 de julio de 2021 ante la oficina jurídica del establecimiento carcelario, el beneficio administrativo de 72 horas, dándosele respuesta el 16 del mismo mes y año, donde se le informó que no cumplía con el requisito de estar en fase de mediana seguridad, no siendo viable por dicha razón allegar la documentación pertinente para dicho beneficio a más de no encontrarse en firme la sentencia condenatoria.

Por lo anterior, concluyó que la petición del permiso de hasta 72 horas no se realizó a través del órgano competente, la Cárcel de Sogamoso, y que la procesada no cumple con el requisito de encontrarse en fase de mediana seguridad exigido por la norma, por lo que no fue aprobado el beneficio administrativo.

En auto del 18 de agosto de 2021, no repuso la decisión del 6 del mismo mes y año, en cuanto a la decisión impugnada de la negación del permiso de hasta setenta y dos horas, reiterando que conforme a la normatividad que lo regula, a pesar de no encontrarse en firme la sentencia condenatoria, la procesada no cumple con la exigencia de estar en fase de mediana seguridad dentro del tratamiento penitenciario.

Hizo énfasis en el trámite del cambio de fase de seguridad de los internos, conforme lo señalado en el artículo 145 de la Ley 65 de 1993, siendo el Consejo de Evaluación y Tratamiento el competente para realizar el correspondiente estudio y determinar los condenados que requieran tratamiento penitenciario después de la primera fase, siendo regulado dicho tratamiento en la resolución 7302 de 2005, para concluir que no era competencia del funcionario judicial evaluar el aspecto subjetivo del cambio de fase de la procesada dentro de su tratamiento penitenciario, y que al no cumplir con el requisito objetivo exigido por la ley de estar en fase de mediana seguridad, no procedía la aprobación del beneficio administrativo solicitado, no pudiéndose reponer la decisión que lo negó.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

4.- De los motivos de la apelación contra el auto que negó el beneficio administrativo de permiso hasta de setenta y dos horas.

El Defensor de la procesada, aclaró que no pidió la acumulación jurídica de penas, sino que hizo referencia a las mismas para que se analizara los términos de las mismas, haciendo ver que jurídicamente su prohijada tenía derecho al beneficio.

Reiteró que lo solicitado es que conforme a la normatividad que regula el beneficio, a pesar que no se encuentre en firme las sentencias condenatorias proferidas en contra de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, por la mora judicial, constitucional y legalmente sí tiene un derecho materialmente adquirido, por lo que pidió se revocara la decisión y en su lugar se concediera el beneficio administrativo solicitado.

5.- Las partes no recurrentes: Guardaron silencio frente a los recursos interpuestos tanto contra la sentencia como contra el auto que negó el beneficio administrativo de hasta setenta y dos horas.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia y presupuestos procesales.

Por la naturaleza de los delitos por los que se formularon los cargos, por los que se condenó a la acusada y por el que se le absolvió, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales del Circuito y por el factor territorial al de Tunja, la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 36 (núm. 2), 34 (núm. 1), 42, y 43, del C. de P. P.).

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y los apoderados de las Víctimas tienen interés jurídico para impugnarla, habiendo interpuesto y sustentado el recurso de manera oportuna (artículos. 20, 176, 179,

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, 137 del C. de P. P. y sentencias C-209 y C-516 de 2007).

2.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Señala el artículo 20 del C. de P.P., que el superior no puede agravar la situación del apelante único, principio de la no reforma peyorativa que igualmente está previsto en el artículo 31 de la Constitución Política al decir que el superior no puede agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único; prohibición que igualmente existe en el marco de la naturaleza de las pretensiones esgrimidas por cada recurrente; por lo que la restricción en este caso será de los aspectos impugnados por los apoderados de las víctimas como recurrentes, extendiéndonos tan solo a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación.

En el presente caso, los dos apoderados de las Víctimas como recurrentes, discuten la absolución de la procesada por el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al considerar que a más de haber aceptado la procesada la responsabilidad por el mismo en el preacuerdo celebrado con la Fiscalía, de elementos probatorios allegados se permiten inferir la ocurrencia del ilícito, por lo que solicitaron que se emitiera sentencia de condena por dicho punible y se modificara la pena impuesta, alegándose por uno de los recurrentes que con la absolución el a quo interfirió en la órbita propia de la Fiscalía y otorgó un doble beneficio a la procesada, vulnerando el debido proceso de las partes.

Así mismo, uno de los recurrentes, discutió la ilegalidad del preacuerdo porque no se dio cumplimiento al artículo 349 del C.P.P. que exige el reintegro del 50% de lo apropiado y el aseguramiento del pago del remanente, afirmando que esa norma es aplicable al presente caso porque los punibles de secuestro agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones fueron cometidos para obtener un incremento patrimonial, cuestionando también el monto de la pena precordada al considerar que los montos adicionados por el concurso de las conductas punibles

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

resultan exiguos, al no tenerse en cuenta la gravedad de las conductas y el daño ocasionado a las víctimas con la ejecución del injusto, solicitando de manera subsidiaria la invalidación de la actuación desde la audiencia de verificación y aprobación del preacuerdo.

De otra parte, el Defensor de la procesada, discutió la negación del beneficio administrativo de permiso hasta de setenta y dos horas, aduciendo que a pesar de no estar en firme las sentencias condenatorias, aquella tiene el derecho materialmente adquirido para obtenerlo.

Para dar respuesta a los alegatos de los recurrentes, la Sala abordará los siguientes temas: i) De la naturaleza, finalidades y consecuencias de los preacuerdos y/o negociaciones; los deberes del juez de conocimiento frente al estudio del preacuerdo; y la vulneración de garantías fundamentales cuando se desconoce la estricta tipicidad en los preacuerdos o se otorgan varios beneficios, ii) De la validez del preacuerdo celebrado entre la procesada y la fiscalía, y iii) De la reglamentación sobre los requisitos del beneficio de permiso de hasta setenta y dos horas, competencia para decidir su aprobación, y cumplimiento de las exigencias en el caso concreto.

2.1.- De la naturaleza, finalidades y consecuencias de los preacuerdos y/o negociaciones; los deberes del juez de conocimiento frente al estudio del preacuerdo; y la vulneración de garantías fundamentales cuando se desconoce la estricta tipicidad en los preacuerdos o se otorgan varios beneficios.

En la nueva sistemática procesal, como una forma de materializar el derecho premial y en desarrollo de la política criminal, se han establecido entre otros, el instituto de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, como también se encuentra la aceptación de cargos, como forma de terminación anticipada del proceso.

De conformidad con el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos tienen como finalidades: la humanización de la actuación procesal y la pena, la

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

obtención de una pronta y cumplida justicia, la activación de solución de los conflictos sociales que generan el delito, la reparación integral de los perjuicios causados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

De otra parte, como lo ordena la norma en cita, el funcionario que celebre los preacuerdos con el procesado, debe garantizar que se aprestigie la administración de justicia, evitando que sea cuestionada, para lo cual debe mirar las pautas trazadas como política criminal y los lineamientos que la misma Fiscalía General de la Nación ha señalado para tal finalidad.

Así entonces, los preacuerdos y negociaciones están diseñados para que se finiquiten los procesos penales de manera anticipada, dentro de los principios de celeridad y eficacia de la administración de justicia, en busca de una actuación que implique el menor desgaste de la justicia sin desconocer los valores superiores de justicia, equidad y efectividad del derecho material; lo que no significa una renuncia al poder punitivo del Estado, sino que de manera más expedita se resuelva el conflicto penal mediante la aceptación por parte del procesado de hechos que tengan relevancia frente a la ley penal, y su renuncia libre, voluntaria e informada, al juicio oral y público, a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional.

Por tanto, los preacuerdos pueden realizarse desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación, según lo señalado en el artículo 350 del C. de P.P., como también, una vez presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado en el juicio oral, como lo ha previsto el artículo 352 del mismo estatuto, solo que la rebaja de la pena, si no está prohibida, difiere según el momento en que se celebre y apruebe el mismo.

Ahora bien, de conformidad con los incisos 1º y 2º del artículo 350 del C.P.P, los preacuerdos además de constituir un acto consensuado entre Fiscalía e imputado o acusado en el cual este se declara culpable del delito imputado o de uno relacionado con pena menor, pueden recaer:

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

a.- Sobre la eliminación de su acusación de alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico.

b.- La tipificación de la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

En cuanto al control judicial de los preacuerdos, ha sido un tema de profusos debates en todo orden, en la jurisprudencia de nuestro país se ha vacilado entre no permitirse ningún control material, exigirse ese control judicial, y admitirse solo de forma excepcional.

La Sala de Decisión con ponencia de quien en esta providencia fungió en igual calidad, siempre ha estado de acuerdo con el control material de los preacuerdos; sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia llegó a tener una postura dominante, en la que se considerara como regla general que no hay lugar a un control material judicial al entenderlo incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio, admitiéndolo solo por excepción en amparo a las garantías fundamentales²², criterio que fue acogido en diferentes fallos de tutela que dejaron sin efecto las decisiones en las que se realizó ese control material, lo que hizo que atendiéramos el precedente mayoritario sobre el tema, en aras a garantizar el derecho a la igualdad, esto es, que a la misma situación de hecho se le dé el mismo tratamiento en la decisión, recogiendo cualquier tesis en contrario que en pronunciamientos anteriores se habían realizado.

Aquella dubitación dio lugar a que la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 de 2019 asumiera su propia tesis, haciendo referencia a las tres posturas

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Entre otros, se puede consultar, sentencia del 6 de febrero de 2013, rad. 39.892; sentencia del 19 de junio de 2013, rad. 37.951; auto del 14 de agosto de 2013, rad. 41.375, en todos M.P. José Luis Barceló Camacho; auto del 20 de noviembre de 2013, rad. 41570, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; sentencias de tutela: del 24 de septiembre de 2013, rad. 69.478, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; del 4 de diciembre de 2013, rad. 70712, M.P. Eyder Patiño Cabrera; y del 27 de febrero de 2014, rad. 72092, M.P. Eyder Patiño Cabrera; lo cual ha sido reiterado, entre otras, sentencias del 28 de octubre de 2015, rad. 43436, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, del 3 de febrero de 2016, rad. 43356, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, del 30 de marzo de 2016, rad. 46785, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, sentencias de tutela: del 25 de febrero de 2016, rad. 84228 y del 13 de abril de 2016, rad. 85074, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

existentes, entre estas, la línea jurisprudencial mayoritaria acogida por la Corte Suprema de Justicia en ese momento, y en hora buena, con respeto lo decimos, finalmente concluyó que los jueces de conocimiento sí deben hacer un control material de límites constitucionales y legales, lo que hizo que nuevamente el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria variara su criterio, o por lo menos lo morigerara con tendencia al que inicialmente había sostenido, propugnando por la existencia de un control material sin que desnaturalice la finalidad de los preacuerdos y negociaciones en el sistema penal acusatorio que nos rige.

Ahora bien, a pesar de la tesis que se aplique en respeto del precedente jurisprudencial vigente para cada asunto en particular a resolver, ha sido una constante de esta Sala de Decisión sostener que, cualquiera de las modalidades en las que se presente el preacuerdo, al igual que todas las actuaciones que se adelanten, debe estar sujeto al principio de legalidad el cual corresponderá ser verificado por el Juez de conocimiento a quien le atañe, entre otras cosas, de conformidad con los artículos 131, 293 y 368 de la Ley 906 de 2004, establecer que el acuerdo efectivamente obedeció a una decisión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, donde se preserven la estricta tipicidad y el debido proceso, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal al procesado, y como lo señala el artículo 351 de la misma ley, que se haya respetado las garantías fundamentales; es decir, que la aprobación del preacuerdo garantiza que la sentencia no sea la consecuencia de vicios de garantía, de juicio o de estructura, como lo ha indicado la jurisprudencia²³.

En consecuencia, hemos señalado que es necesario precisar los deberes y facultades del juez de conocimiento al hacer el examen de los términos en que se plasma los preacuerdos o negociaciones, siguiendo la jurisprudencia que ha reiterado que las atribuciones del juez no se contraen a dictar la sentencia condenatoria con la rebaja que corresponda, o a declarar la nulidad de la actuación en el evento de evidenciarse un vicio que afecte el debido proceso, simplemente con la revisión de aspectos formales, pues como lo indicó la Alta Corporación en su momento: “ (...) *ningún procedimiento penal con fundamento*

²³ Sobre el particular se puede consultar las sentencias C-516 de 2007, C-591 de 2005, C-425 de 1996 de la Corte Constitucional, y sentencia del 27 de octubre de 2008 dentro del radicado 29979 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales. (...)”²⁴.

Por tanto, todo mecanismo de terminación anticipada, sea allanamiento, preacuerdo o negociación, no legitima al juez para emitir una condena que omita los antecedentes del proceso, o la legalidad de los delitos y de las penas, ante la prevalencia del derecho material y garantías fundamentales en todo proceso, ordinario o de terminación anticipada, como lo señala el artículo 228 de la Constitución Política. Es cierto, que una de las consecuencias del preacuerdo es que el procesado queda impedido para retractarse de los aspectos sustanciales que fueron objeto de consenso, pero esa limitación, como lo señalara la jurisprudencia antes citada, no abarca aspectos que tocan con la efectividad del derecho material, la prevalencia del derecho sustancial, lo referente al menoscabo de garantías fundamentales y el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, por lo que la protección de dichos derechos y garantías pueden ser objeto de impugnación en sentencia anticipada²⁵, y al funcionario judicial le corresponde su protección, como un presupuesto para la aprobación del preacuerdo o negociación.

En conclusión, consideramos que el control del preacuerdo debe ser sobre los requisitos formales, como material en su contenido, con la verificación que sus términos sean susceptibles de consenso, esto es, que no exista prohibición constitucional o legal en lo pactado, pudiéndose concretar los deberes del juez a:

i) verificar si la aceptación de responsabilidad estuvo exenta de vicios del consentimiento, para lo cual el juez debe interrogar directamente al procesado, como lo ordena los artículos 131, 293, y 368 de la ley 906 de 2004, e igualmente deberá estudiar la retractación en caso de presentarse la misma; de resultar de la

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, rad. 29979, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en la que se cita la sentencia del 19 de octubre de 2006, rad. 25724, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2009, radicación No. 31531.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

verificación que la manifestación de voluntad está exenta de vicios del consentimiento y que no hay retractación alguna en lo preacordado, el juez pasará a examinar el fondo del preacuerdo, existiendo por lo menos otros dos controles, esto es: ii) constatando que no se desconozcan o quebranten garantías fundamentales, específicamente que exista el mínimo probatorio que desvirtúe la presunción de inocencia; y iii) comprobando que tampoco se conculcan garantías fundamentales dentro del respeto del principio de legalidad de los delitos y de las penas; lo anterior con fundamento en lo previsto en el artículo 351 de la ley 906 de 2004.

En cuanto al principio de legalidad de los delitos y de las penas, y específicamente de la estricta tipicidad, precisamente cuando la Corte Constitucional hizo el examen de constitucionalidad del numeral segundo del artículo 350 de la ley 906 de 2004 que le permite al fiscal en los preacuerdos, “*tipificar la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*”, lo declaró exequible en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esa facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Lo anterior tiene anclaje también en el mandato legal del artículo 348 de la ley 906 de 2004, sobre las finalidades de los preacuerdos y negociaciones en el nuevo sistema penal con tendencia acusatoria, específicamente en cuanto a los postulados de política criminal, pero con el fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento²⁶.

En la sentencia de unificación, SU-479 de 2019, la Corte Constitucional reiterando lo anterior, señaló que el legislador y la jurisprudencia han previsto algunos límites que determinan el alcance de la facultad de la Fiscalía de celebrar los preacuerdos, los que deben ser valorados por los jueces al momento de realizar el control, entre los cuales precisó los siguientes: i) el principio de legalidad y sometimiento al núcleo fáctico de la imputación, ii) las prohibiciones legales para el preacuerdo, y iii) las directivas del Fiscal General de la Nación,

²⁶ Y sobre ese control del juez a los cargos formulados por el Fiscal, la Corte Constitucional como ya se dijo, también se ha referido en las sentencias anteriormente citadas, entre otras, C-516 de 2007, C-59 de 2010.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

precisando que se han proferido tres directivas²⁷ que deben ser observadas por los operadores judiciales.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 24 de junio de 2020 en el radicado 52227, dijo compartir los expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 de 2019, sobre las verificaciones que deben hacer los jueces para la emisión de la sentencia anticipada, pero aclarando que las mismas diferían sustancialmente de las del trámite ordinario; y allí estableció unas pautas en la actividad judicial y la labor de la Fiscalía en la interpretación de las normas que regulan el instituto de los preacuerdos, resaltando que las facultades de la Fiscalía General de la Nación al momento de definir el beneficio a otorgar, no son ilimitadas, sino que están sujetas al principio de “discrecionalidad reglada”

Sin embargo, esos criterios jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si bien son de mayoría no son unánimes, lo que ha dado lugar que existan salvamentos o aclaraciones de voto, así sea de manera parcial, por varios de los integrantes de la Alta Corporación²⁸, manteniéndose en la postura mayoritaria, en resumen, que si bien el ordenamiento jurídico no ha establecido la posibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación en el momento de la actuación procesal en la que la Fiscalía realiza esos actos de parte, salvo las calificaciones jurídicas manifiestamente improcedentes²⁹, al emitirse la sentencia el juez debe verificar los presupuestos legales de la misma, constatación de la que, como se indicó, es diferente en el procedimiento ordinario del abreviado.

²⁷ La Directiva 1º del 28 de septiembre de 2006 en virtud de sus deberes constitucionales de (i) determinar la posición de la fiscalía (numeral 3 del artículo 251 de la C.N.); y de (ii) velar por la protección de las víctimas y solicitar ante el juez las medidas necesarias para su asistencia, reparación y restablecimiento del derecho (numerales 6 y 7 del artículo 250 de la C.N.). La Directiva 10 de 11 de julio de 2016, impartió directrices sobre la forma en que los fiscales deben entablar el diálogo con la víctima en el Sistema Penal Acusatorio. La Directiva 01 del 23 de julio de 2018 por medio de la cual adoptó lineamientos generales para imputar o preacordar las circunstancias de menor punibilidad del artículo 56 del Código Penal.

²⁸ Como puede observarse en el mismo pronunciamiento del 24 de junio de 2020 en el radicado 52227, e igualmente en las decisiones del 21 de octubre de 2020, rad. 51478, 14 de abril de 2021 en los radicados 54691 y 53718, entre otros.

²⁹ Control material realizado en la providencia del 14 de abril de 2021, en el rad. 54691, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

En síntesis, a pesar de las diferentes posturas en la interpretación jurisprudencial, lo que si debe quedar claro es que, si en los preacuerdos o negociaciones, el juez de conocimiento dentro del control material que debe hacer, encuentra que se comprometen garantías fundamentales de las partes o intervenientes, entre otras tantas, porque se conculca el principio de legalidad de los delitos y de las penas desconociéndose la estricta tipicidad, deberá improbarse el preacuerdo para que el mismo se ajuste a la legalidad o se continúe con el trámite ordinario.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Fiscalía debe declarar cuál es el comportamiento que realmente ocurrió, cuál es el núcleo fáctico, y a partir de esa declaración debe precisar de manera concreta y clara cuál es la degradación de responsabilidad o beneficio para el procesado, dentro de la flexibilidad del principio de legalidad, esto es, que la degradación o beneficio sea jurídicamente plausible dentro de la estricta tipicidad, para que el procesado acepte el preacuerdo pero a la vez se obtenga los fines para los cuales el legislador creó la justicia consensuada dentro de los parámetros del artículo 348 del C. de P.P., e igualmente para que se mantenga el principio de congruencia previsto en el artículo 448 del mismo estatuto, porque el acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado la condena, lo cual conlleva a que de los hechos imputados sea posible efectuar los ajustes de tipificación del comportamiento, ya sea eliminando de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, o se tipifique la conducta dentro de una forma específica, todo con miras a disminuir la pena, o se otorgue una rebaja dentro de los límites legalmente permitidos.

Y ante la variación de la jurisprudencia respecto a los controles en materia de preacuerdos, se debe analizar cada caso en particular frente a los criterios vigentes para el momento en que fue celebrado el preacuerdo, a fin de determinar la interpretación jurisprudencial llamada a regir el caso³⁰.

³⁰ Como lo ha señalado, entre otras, las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de octubre de 2019, rad. 54954, y del 19 de febrero de 2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, y 14 de abril de 2021, rad. 53718, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

2.2.- De la validez del preacuerdo celebrado entre la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA y la Fiscalía.

Como quedó reseñado, GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA fue acusada en la audiencia del 8 de agosto de 2017, como coautora impropia de los delitos de hurto calificado y agravado, secuestro simple agravado, secuestro simple, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de conformidad a los artículos 240 y 241, 168 y 170 numerales 1,8 y 10, y 365 del C.P., rompiéndose la unidad procesal al inicio de la audiencia preparatoria por haberse allanado a los cargos por el delito de hurto calificado y agravado.

Posteriormente, la Fiscalía presentó acta de preacuerdo de fecha 15 de mayo de 2018 suscrita con la procesada y su defensor, donde se consignó la narración fáctica en los mismos términos de la formulación de imputación y acusación, aceptando la acusada la responsabilidad por los cargos formulados por los delitos de secuestro simple agravado, secuestro simple, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, conforme a los artículos 168 y 170 numerales 1,8 y 10, y 365 del C.P., a cambio de la rebaja de pena en una tercera parte, pactándose la pena de 256 meses de prisión y multa de 1.066,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el delito de secuestro simple agravado del que fue víctima ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, aumentada en: 04 meses de prisión y multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el delito de secuestro simple del que fue víctima AURELIO ARIAS, y 05 meses de prisión por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, para un total de 265 meses de prisión y multa de 1.076,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con la rebaja de 1/3 parte, quedando en definitiva la pena pactada en 176.66 meses de prisión y multa de 717.77 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la verificación del preacuerdo por el Juez de conocimiento, la procesada dijo aceptarlo de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorada por su defensor, el representante del Ministerio Público y el Defensor solicitaron su

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

aprobación, en tanto, los dos apoderados de las víctimas objetaron el preacuerdo aduciendo que quebrantaba los derechos y garantías de las víctimas.

Uno de los que se opuso pidió que se improbara por no haberse cumplido con el presupuesto del artículo 349 del C. de P.P., porque los delitos de secuestro simple agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones por los que se preacordó, son delitos conexos al de hurto por el que se allanó la procesada, siendo cometidos para obtener el incremento patrimonial, el que fue logrado por la procesada, como lo señalaran otros indiciados en sus interrogatorios quienes afirmaron que le dieron una cantidad de dinero a GLORIA ESPERANZA por haber sido quien planeó todo; sin que tampoco se cumpliera con las finalidades de los preacuerdos, previstas en el artículo 348 del mismo estatuto, al pactarse una pena donde el aumento por los delitos en concurso es irrisorio y desproporcionado. El otro opositor lo hizo aduciendo que no se le autorizó por sus poderdantes suscribir el preacuerdo, adhiriéndose a lo expuesto por su colega representante de víctimas, alegando que debe tenerse en cuenta la gravedad y modalidad de las conductas.

Aprobado el preacuerdo por el Juez de conocimiento, las partes e intervenientes se pronunciaron conforme lo ordenado al artículo 447 del C. de P.P., y en audiencia del 24 de julio de 2018 se profirió la sentencia condenatoria por los delitos secuestro simple agravado y secuestro simple, y se absolvió a la procesada del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al considerarse por la primera instancia que dicho ilícito no estaba probado.

Los apoderados de las víctimas, apelaron la sentencia por la absolición de la procesada por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, pero igualmente uno de los recurrentes cuestionó la ilegalidad del preacuerdo, con iguales argumentos que los expuestos cuando se opuso a la aprobación del mismo.

Así entonces, nos referiremos al reintegro del incremento patrimonial fruto del ilícito, como presupuesto de validez de los preacuerdos, según lo previsto en

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

ley e interpretado por la jurisprudencia, para determinar si en el caso concreto es exigible el mismo y en caso afirmativo si se cumplió, siendo ese uno de los reparos de la representación judicial de las víctimas, como se dijo, desde la verificación y aprobación de lo preacordado.

En materia de preacuerdos, el artículo 349 del C. de P.P., 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 tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. Así lo señala:

“ART. 349. *Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.*

Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-059 de 2010, considerando que la finalidad de lo allí ordenado no está orientada a establecer privilegio alguno para las víctimas, ni se refiere únicamente a los delitos contra el patrimonio económico, sino que quienes hubiesen obtenido un provecho indebido con su actuar, en cualquier ilícito, no puedan disfrutarlo. Así lo señaló:

“En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente. En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración públicas (vgr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, el propósito de la norma acusada no es crear una especie de beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito. (Se resalta fuera de texto).

En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales.

En suma, la norma acusada no puede ser interpretada de manera aislada, sino como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada.”

Y en la misma providencia, en las conclusiones para dar respuesta a lo alegado por quien demandó la norma, la Corte Constitucional señaló:

“(...) No comparte la Corte tales apreciaciones, por las razones que pasan a explicarse.

- a. **Los fines de la norma acusada.** Como se ha indicado, la finalidad del artículo 349 del C.P.P. no se encamina a establecer privilegio alguno entre las víctimas, sino a que quienes hubiesen obtenido un provecho indebido con su actuar, no puedan disfrutarlo.
- b. **La norma no apunta exclusivamente a los delitos contra el patrimonio económico.** El artículo 349 del C.P.P. alude a todo delito en el cual el acusado hubiese obtenido un “incremento patrimonial fruto del mismo”.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

situación que se presenta no sólo en el caso de los clásicos delitos contra el patrimonio económico de un particular (vgr. hurto, estafa, abuso de confianza, etc), sino en conductas que atentan contra la administración pública (vgr. peculado, concusión, etc) o contra la salud o seguridad públicas (narcotráfico, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, etc). En otras palabras, el espectro de perjudicados con la conducta punible, no resulta ser más amplio que aquel señalado por la demandante, sino que algunos casos no existen víctimas directas del delito. (Se resalta fuera de texto)".

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acogió lo dicho por la Corte Constitucional sobre la exigencia prevista en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, como presupuesto de legalidad que todo funcionario judicial debe verificar para los preacuerdos respecto a cualquier delito, sin distinción alguna, en el que el procesado hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo³¹.

Sobre el particular ha dicho la Alta Corporación:

"Con fundamento en los razonamientos precedentes, surge nítido que el acto de aprobación del preacuerdo es el mecanismo a través del cual se garantiza que la emisión de fallo (al que se acoge el procesado en busca de los beneficios que le otorga la justicia premial), no sea la consecuencia de vicios de garantía, de juicio o de estructura.

Por lo tanto, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha fijado, el examen de los términos del preacuerdo no se limita a la revisión de los requisitos meramente formales, sino que incluye el control de legalidad de lo acordado; es decir, que su función es la de constatar si lo pactado entre el acusador y el imputado o procesado no desconoce garantías fundamentales, o bien si aquello sobre lo que recae es en verdad susceptible de consenso.

³¹ Entre otras providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, podemos citar las siguientes: auto del 14 de mayo de 2009, rad. 29473, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; auto del 27 de abril de 2011, rad. 34829, M.P. José Luis Barceló Camacho, auto del 26 de noviembre de 2014, rad. 44906, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Es por lo anterior por lo que al juez del conocimiento le compete entrar a verificar si existe alguna prohibición, constitucional o legal, que impida celebrar el acuerdo suscrito entre la fiscalía; de evidenciarlo así le asiste el deber de improbar el preacuerdo, pues éste no puede rebasar los límites constitucionales y legales trazados, entre ellos, el principio acusatorio –que le exige observar la separación entre las funciones de acusar y juzgar- y el de imparcialidad³².

Ahora bien, frente a la concurrencia de la prohibición para celebrar preacuerdos respecto de delitos de cuya ejecución el sujeto activo hubiese derivado incremento patrimonial (a menos que reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente), como así lo consagra el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de 2004, esta Colegiatura tiene que decir que sin duda constituye un presupuesto de legalidad del preacuerdo y, por lo tanto, al funcionario judicial le corresponde verificar si en el caso particular se actualiza.

De manera concordante con lo anterior, es necesario precisar que en lo referente a las facultades del juez de conocimiento al estudiar el preacuerdo suscrito entre el imputado o acusado con la fiscalía, esta Corporación tiene dicho que: “en materia de preacuerdos y negociaciones la competencia del superior jerárquico es bastante limitada, pues no atañe directamente a discusiones probatorias sobre la participación y responsabilidad de los acusados, sino en general a la legalidad de los términos del acuerdo, a la dosificación de la pena imponible y a los mecanismos sustitutivos de su ejecución”³³ (subraya por fuera del original).

Y ha señalado, además, que: “en materia de preacuerdos y negociaciones la jurisprudencia de la Sala viene enseñando que [las facultades del funcionario judicial] no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible, sino a los hechos imputados y sus consecuencias, acuerdos que obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales. [...] los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado –también ha precisado la Corte- deben regirse por los principios de

³² Ibid, rad. 29979

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 29 de abril de 2008, radicación No. 29530

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

lealtad y buena fe, por lo que todo aquello que constituya su objeto que no viole garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley ha de ser incorporado de manera integral al acta correspondiente...”³⁴.

Es imperioso señalar que, en el caso presente, no se trata de cuestionar la adecuación típica formulada por la fiscalía, asunto este último que no escapa al control del juez de conocimiento -como así quedó fijado en sentencia del 19 de octubre de 2006, radicación No. 25724³⁵- sino de analizar si procede la prohibición de que trata el artículo 349, en el entendido de que sobre la tipificación dada por el acusador, y aceptada por la imputada, no recae objeción alguna.

3. El caso concreto

De regreso al evento que concita la atención de la Colegiatura, se hace indispensable recordar el contenido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004:

(...)

Sobre la prohibición así consagrada, la Sala tiene dicho que el reintegro pecuniario, condicionante de la validez del preacuerdo, “constituye un acto de obligatorio cumplimiento para aquellos delitos que llevan inmersos el provecho económico, en tanto que, de acuerdo con la inteligencia de la norma, permite concluir que el pluricitado reintegro, así como también el asegurar el recaudo del remanente, constituye un acto de procedibilidad para perfeccionar el preacuerdo o la negociación”³⁶.

Lo anterior encuentra fundamento en que, como así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corporación, y aquí lo reitera, “la noción de pronta y cumplida

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 3 de octubre de 2007, radicación No. 28381

³⁵ “[L]a Sala, partir del fallo de fecha 19 de octubre de 2006 [rad. 25724], ha sostenido una línea jurisprudencial según la cual, tanto en materia de allanamientos como de preacuerdos y negociaciones, el respectivo funcionario judicial deberá verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos: “*El descuido [...] también debe ser cargado a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Equivocadamente, algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6 y 351 inciso 4º del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran la de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el artículo 29 de la Carta Política.*” Sentencia del 27 de octubre de 2008, rad. 29979.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 14 de mayo de 2009, radicación No. 29473.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

justicia, entonces, debe entenderse en la nueva sistemática de manera integral, es decir, no sólo en la perspectiva de lograr una sentencia condenatoria rápidamente a cambio de una ventaja punitiva para el procesado -que es lo que pasa en la sentencia anticipada-, sino además en la necesidad de restablecer el equilibrio quebrantado con el delito, que es lo que finalmente soluciona el conflicto al verse la víctima compensada por la pérdida sufrida”³⁷.

A partir de los razonamientos precedentes, la Corte puede anticipar su postura en el sentido de que la tesis que pregonan los apelantes no es de recibo, porque parte de un equívoco evidente: que solamente las conductas punibles que en su descripción típica integran la consecución o intención de obtener un beneficio patrimonial son idóneas para generar incremento patrimonial en el sujeto activo.

Dicho de otra manera, no solamente los tipos penales que describen un interés patrimonial -ya sea que se concrete, o bien que solamente sea un fin ulterior del sujeto activo- son aptos para generar una ganancia patrimonial en el agente. Son los hechos objeto de investigación los que, en últimas, permiten establecer si como consecuencia de la comisión de una o varias conductas punibles el actor obtuvo un incremento patrimonial. (Se resalta fuera de texto).

En este caso en particular, puede admitirse que en realidad el delito de concusión involucra en su descripción típica un beneficio para el sujeto activo, o para un tercero. Así reza el artículo 404 del Código Penal:

(...)

De igual forma, es verdad que el delito de prevaricato por acción (artículo 413 de la Ley 599 de 2000), el mismo que aceptó la imputada, no contiene en su estructura la efectiva obtención de un beneficio patrimonial, ni siquiera como una intención del agente. Así dice el tipo penal:

(...)

De suerte que afirmar ante ese conjunto de hechos que la concusión le generó incremento patrimonial a la entonces fiscal delegada, pero esa misma

³⁷ Ibid.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

aptitud no la tuvo la emisión de providencias abiertamente ilegales (constitutivas de prevaricato por acción), desconoce la realidad de los acontecimientos, pues lo cierto es que los pagos indebidos se hicieron no solamente gracias a la inducción o constreñimiento, sino con el claro propósito de obtener las determinaciones prevaricadoras, como en efecto se obtuvieron.

De acogerse el argumento propuesto por los recurrentes, habría de admitirse que solamente los comportamientos que atentan específicamente contra el patrimonio económico, o bien otros como el peculado, el cohecho o la concusión, son idóneos para generar un incremento patrimonial en el sujeto agente, toda vez que su descripción hace expresa alusión a la consecución o intención de obtener un beneficio.

Para poner de relieve la equivocación en el argumento de los impugnantes, basta con acudir a dos ejemplos muy claros, como son los ilícitos relacionados con la indebida celebración de contratos o el tráfico de estupefacientes -los cuales no involucran en su descripción típica la consecución o intención de obtener un incremento patrimonial-, pues la experiencia y la realidad judicial enseñan que este tipo de delitos son solamente algunos de los que generan mayor beneficio patrimonial para quienes en ellos incurren.

Pero así mismo, otras conductas como aquellas constitutivas de infracciones a la fe pública, abuso de autoridad o delitos informáticos son capaces de generar ganancias patrimoniales para el agente, sin que necesariamente a su descripción típica se integre ese elemento en particular.

Por lo tanto, la Sala reitera que son los hechos del caso, y no las particulares descripciones típicas de las conductas, los que han de tenerse en cuenta para determinar si la ejecución de un delito genera o no incremento patrimonial en el sujeto activo. (Se resalta fuera de texto)³⁸.

Reiterando lo anterior, en otra providencia dijo:

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 27 de abril de 2011, rad. 34829, M.P. José Luis Barceló Camacho.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

“Como puede observarse, la divergencia entre los recurrentes y el A quo, no radica en la configuración histórica de los hechos imputados (y acusados) o de sus circunstancias, sino en la eventual relación de subsunción de los mismos a la hipótesis prevista en el artículo 349 del C.P.P./2004.

Ha de advertirse desde ya, que el tenor literal de la disposición normativa precitada, cobija todas las hipótesis en las cuales la actividad delictiva generó alguna forma de rendimiento económico para quien la ejecutó, con independencia de si la naturaleza de aquélla presupone o no ese resultado como uno de sus elementos típicos estructurales. (Se resalta fuera de texto). Ahora bien, a la hora de establecer la existencia de un incremento patrimonial que demande su reintegro como prerequisito de la celebración de un acuerdo de terminación abreviada del proceso; la composición típica, indudablemente, plantea algunas diferencias en el análisis, así:

1. Cuando la estructura típica del delito implica necesariamente la obtención de un provecho económico para el agente, la sola ejecución de la conducta prohibida ubica el suceso en el ámbito material regulado por el artículo 349 del C.P.P./2004, pues el incremento patrimonial es presupuesto de la consumación del ilícito. Así ocurre, p. ej., en los delitos contra el patrimonio económico o en el Peculado por apropiación, toda vez que en esta clase de infracciones, el apoderamiento o la apropiación de bienes por parte del sujeto activo, es elemento determinante de la tipicidad, por lo que el enriquecimiento se advierte indiscutible. Al efecto, se cita la descripción de uno de los delitos que se imputa al procesado en el caso bajo examen, que es, precisamente, uno de los señalados a modo ejemplificativo:

(...)

2) Cuando la descripción típica de un comportamiento demanda en el agente la obtención o, cuando menos, la pretensión de un beneficio o utilidad de cualquier naturaleza; el logro de un provecho económico activa la exigibilidad de la condición de legalidad de las negociaciones prevista en el artículo 349 del C.P.P./2004, de manera similar a como ocurre en la hipótesis analizada en el numeral anterior, es decir, la conducta típica en concreto realizada implica el resultado que condiciona la viabilidad de los preacuerdos. En efecto, en delitos

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

como la Concusión³⁹ y el Cohecho⁴⁰, el recibo de dinero o de otra utilidad patrimonial es una de las modalidades conductuales mediante las cuales pueden realizarse los respectivos tipos penales.

3) En los demás eventos, cuando el delito produce ventajas patrimoniales al sujeto activo, aunque esta ganancia no constituya exigencia típica, ni siquiera de manera eventual; la aplicación del tantas veces mencionado requisito, dependerá de que en la actuación, a más de la demostración de los requisitos típicos, se acredite la concurrencia de ese resultado que es ajeno a la naturaleza del delito. Entre las conductas punibles en que tal situación puede presentarse, en auto de segunda instancia del 27 de abril de 2011, Rad. 34829, la Sala enunció las siguientes: (Se resalta y subraya fuera de texto)

(...)

Desde esa oportunidad, además, ya se habían esbozado, a grandes rasgos, las distintas hipótesis que se acaban de exponer, como se puede observar en la siguiente cita:

(...)

Ahora bien, cuando la Corte precisó en aquella ocasión que “son los hechos del caso, y no las particulares descripciones típicas de las conductas, los que han de tenerse en cuenta para determinar si la ejecución de un delito genera o no incremento patrimonial en el sujeto activo”, tal precisión ha de entenderse en el sentido de que la obtención de un incremento patrimonial a partir de la ejecución de cualquier actividad delictiva, queda cobijado en el supuesto fáctico de la norma consagrada en el artículo 349 pluricitado. Ello en nada obsta para concluir que, bajo ese entendimiento, la hipótesis normativa de índole condicional que se analiza, en tratándose de conductas punibles en que el beneficio ilícito es presupuesto típico inexorable, siempre concurrirá. (Se resalta fuera de texto).

³⁹ Art. 404: “El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constrña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite,...”.

⁴⁰ Art. 405. Cohecho propio: “El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales,...”. Y el artículo 406. Cohecho impropio: “El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones,...”.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Además, la Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad del artículo 349 del C.P.P./2004, en la sentencia C-059 de 2010 arribó a una conclusión similar a partir de una interpretación –especialmente- teleológica de la disposición en comento. Obsérvese:

(…)⁴¹

En el caso que ocupa la atención de la Sala, de los hechos imputados a la procesada GLORIA ESPERANZA OSPINA HERRERA y por los que se le acusó como coautora, claramente se indica que existió el apoderamiento de bienes en suma de ochenta y tres millones de pesos (\$83'000.000), siendo aquella quien planeó lo ocurrido; incremento patrimonial que no puede ser ajeno al secuestro simple agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, que fueron los delitos medio que se cometieron para lograr el delito fin de hurto calificado y agravado, tratándose de delitos conexos como bien lo alegara el representante de víctimas que se opuso al preacuerdo desde su verificación, solo que se rompió la unidad procesal al haberse allanado la procesada a los cargos por el delito fin y posteriormente preacordar con la Fiscalía por los delitos medio.

El artículo 51 de la Ley 906 de 2004, establece los supuestos en los cuales hay lugar a la conexidad: i) cuando el delito ha sido cometido en coparticipación criminal, ii) cuando se impute a una persona más de un delito realizado con unidad de tiempo y lugar, iii) cuando se impute a una persona la comisión de varios delitos realizados unos con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros, o con ocasión o como consecuencia de otro, y iv) cuando se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

Precisando aquellas hipótesis, de la naturaleza de los delitos conexos la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 26 de noviembre de 2014, rad. 44906, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

“Los delitos conexos son aquellos que se encuentran estrechamente entrelazados, como ocurre cuando un punible se comete como medio para alcanzar un fin delictivo (conexidad teleológica), por ejemplo, cometer un homicidio para realizar un hurto. También, cuando una conducta punible se comete para asegurar el producto de otra, v.g. Cuando se lavan los activos procedentes de un delito de extorsión (conexidad paratática) (...) en aquellos casos en los que el segundo delito se comete para ocultar uno anterior, por ejemplo, cuando se causa la muerte al testigo de un acceso carnal violento (conexidad hipotática).» (CSJ. SP 5 dic. 2007. Rad. 25931). (subrayas fuera de texto).”⁴²

En el presente caso, existió la llamada conexidad teleológica; como se ha dicho, los delitos de secuestro simple agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, se cometieron para alcanzar el fin delictivo del hurto calificado y agravado; de la narración fáctica hay total claridad que la organización delincuencial de la que hizo parte la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, acordó obtener el apoderamiento de los bienes para lo cual tuvieron que retener arbitrariamente al recepcionista del hotel que se encontraba de turno al momento de la comisión de los hechos y al dueño del mismo establecimiento, utilizando armas de fuego; como se expuso por la Fiscalía, AURELIO ARIAS fue reducido y amenazado con un arma de fuego, siendo amordazado, cubierto los ojos, atado de pies y manos, vigilado por uno de los implicados, mientras otros se trasladaron al apartamento de ALFONSO PÉREZ CHAPARRO ubicado en el mismo hotel del que era su propietario, a quien también lo inmovilizaron atándole sus extremidades, y sustrayendo los objetos en valor de \$83'000.000; GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, quien era empleada del hotel y conocía el movimiento comercial del establecimiento, el apartamento donde habitaba su dueño y la existencia de la caja fuerte, contactó a los sujetos con los que planeó la comisión de los ilícitos, indicando la hora en que debían ingresar al hotel cuando ella no estuviera de turno, y para que el dueño del hotel se encontrara solo, se comprometió a invitar a la empleada que estaba a cargo de su cuidado, a

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 25 de febrero de 2015, rad. 45402, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

que salieran la noche de los hechos a una taberna a bailar y a tomar licor, lo que hicieron con otro de los implicados mientras los demás perpetraban el hurto para lo cual retuvieron a las víctimas y utilizaron el arma de fuego para su intimidación, teniendo la procesada pleno conocimiento de la actividad ilícita que se estaba desarrollando en el hotel.

Por tanto, no puede desligarse los delitos de secuestro simple agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, del delito de hurto agravado y calificado, siendo aquellos ilícitos generadores del incremento patrimonial del que se benefició la procesada, comportamientos punibles mediante los cuales se logró el apoderamiento de los bienes, por lo que necesariamente es exigible el requisito previsto en el artículo 349 del C. de P.P., del reintegro de por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido con las conductas ilícitas, y el aseguramiento del recaudo del remanente, como condición de validez del preacuerdo celebrado entre la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA y la Fiscalía.

En el caso de estudio, nos encontramos frente a la tercera de las hipótesis que la jurisprudencia citada señala, de las cobijadas por el artículo 349 del C. de P.P., en la cual la actividad delictiva generó el incremento patrimonial para la procesada, independientemente que dicho resultado no forme parte de la estructura típica de los delitos de secuestro y porte de armas de fuego, esto es, “*cuando el delito produce ventajas patrimoniales al sujeto activo, aunque esta ganancia no constituya exigencia típica, ni siquiera de manera eventual; la aplicación del tantas veces mencionado requisito, dependerá de que en la actuación, a más de la demostración de los requisitos típicos, se acredite la concurrencia de ese resultado que es ajeno a la naturaleza del delito*”⁴³.

Al no estar acreditado que la procesada cumplió con aquella exigencia del reintegro del incremento patrimonial fruto de los ilícitos cometidos, se puede concluir que la actuación está viciada de nulidad por violación al debido proceso, como lo ha señalado la jurisprudencia, al desconocerse el contenido del artículo

⁴³ Providencia antes citada, del 26 de noviembre de 2014, rad. 44906, Corte Suprema de Justicia.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

349 de la Ley 906 de 2004, norma aplicable en este caso frente al preacuerdo celebrado y con el que se pretendió terminar de manera anticipada el proceso, burlando la exigencia al haber procedido la procesada a allanarse a cargos por el delito de hurto calificado y agravado del que no se le exigiera el reintegro por considerarse un instituto diferente al preacuerdo, acudiendo a éste posteriormente con la anuencia de la Fiscalía por los demás delitos escindiéndolos de la íntima y estrecha relación con el incremento patrimonial obtenido.

La exigencia contenida en el artículo 349 del C. de P.P., se reitera, es obligatoria en los preacuerdos por delitos con los que se obtiene el provecho económico, como los conexos que fueron atribuidos a la acusada, constituyendo un acto de procedibilidad para culminar con la terminación abreviada del proceso; por tanto, al aprobarse la celebración del preacuerdo entre la Fiscalía y GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, sin que se demostrara previamente el reintegro del 50% del equivalente al incremento patrimonial percibido por su actividad ilícita y que asegurara el recaudo del remanente, no hay duda alguna que se incurrió en irregularidad sustancial que trasgredió el debido proceso, ante la inobservancia de la ley preexistente para la validez de lo consensuado.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de preacuerdo celebrado el quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018) entre la Fiscalía Novena Seccional de Tunja y la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA asistida por su Defensor, para que se subsane la irregularidad, observando las formas propias del debido proceso, esto es, que se dé cabal cumplimiento al presupuesto de procedibilidad previsto en el artículo 349 del C. de P.P., Ley 906 de 2004, para la terminación anticipada del proceso, o de lo contrario se continúe el trámite dentro del proceso ordinario.

Igualmente, el apoderado de las víctimas que cuestionó la legalidad del preacuerdo, discutió que el monto de la pena preacordada en cuanto a los montos adicionados por el concurso de ilícitos, no consultaba la gravedad de las conductas cometidas y el daño ocasionado a las víctimas.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

La Fiscalía y la procesada asistida por su Defensor, acordaron la pena a imponer, partiendo del mínimo de la pena más grave por su naturaleza, correspondiente al delito de secuestro simple agravado del que fue víctima ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, esto es, de 256 meses de prisión y multa de 1.066,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el delito de secuestro simple agravado del que fue víctima ALFONSO PÉREZ CHAPARRO, aumentada en: 04 meses de prisión y multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el delito de secuestro simple del que fue víctima AURELIO ARIAS, y 05 meses de prisión por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, para un total de 265 meses de prisión y multa de 1.076,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con la rebaja de 1/3 parte, quedando en definitiva la pena pactada en 176.66 meses de prisión y multa de 717.77 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si se tiene en cuenta las penas previstas en el artículo 168 del C.P. para el delito de secuestro simple, esto es, 192 a 360 meses de prisión y multa de 800 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la pena para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, señalada en el artículo 365 del mismo estatuto, de 9 a 12 años de prisión; el aumento pactado en el preacuerdo por el concurso de conductas punibles, de tan solo 4 meses de prisión y multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el primero y 5 meses de prisión por el segundo, es tan irrisorio en comparación a la pena mínima prevista por el legislador para cada uno de estos ilícitos, que prácticamente no representa ningún aumento por el concurso de conductas punibles en los términos del artículo 31 del C. P. que ordena partirse de la pena prevista para el ilícito que establezca la más grave, aumentada hasta otro tanto, sin ser superior a la suma aritmética.

Es decir, es claro que lo pactado por la Fiscalía y la procesada frente a la pena para los delitos en concurso, es casi como si se eliminaran los cargos por los mismos, lo que ni siquiera podría aceptarse como el único beneficio compensatorio por el acuerdo, a más de haberse acordado la rebaja de la pena de una tercera parte quedando en definitiva la pena pactada en 176.66 meses de prisión y multa de 717.77 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Lo anterior revela un descuento punitivo muy superior a los máximos previstos por el ordenamiento jurídico, incluso si se le compara con el beneficio previsto para la aceptación de los cargos o allanamiento en la primera fase de la actuación penal, a más de no poderse perder de vista que el acuerdo se presentó cuando se pretendía realizar la audiencia preparatoria, no se hizo el reintegro del incremento patrimonial obtenido con los ilícitos, y no existió ninguna colaboración de la procesada para el esclarecimiento de los hechos y la judicialización de las demás personas que participaron en aquellos.

En síntesis, en el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía Novena Seccional de Tunja y la acusada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, la Fiscalía desconoció que su actuación está regida por el principio de la discrecionalidad reglada según lo señalado por la jurisprudencia constitucional y de la jurisdicción ordinaria, pues como allí se ha dicho, los preacuerdos no pueden lograrse a cualquier costo, desconociendo los límites normativos que garantizan la legalidad, la igualdad de trato y la seguridad jurídica.

Lo anterior porque el costo/beneficio de dicho preacuerdo, no solo dejó de aplicar el contenido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, presupuesto de procedibilidad para la terminación anticipada del proceso en los preacuerdos donde se ha obtenido un incremento patrimonial fruto de las conductas punibles, sino que fue desmesurado en punto al acuerdo de la pena a imponer, la que tampoco respeta los límites de legalidad; llegando como lo ha dicho de tiempo atrás la jurisprudencia: “*a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad*”⁴⁴, no existiendo proporcionalidad alguna en la totalidad de la rebaja de pena y beneficios que logaría la procesada con esta modalidad de acuerdo, en relación con las conductas punibles cometidas, según la situación fáctica descrita por la Fiscalía, asistiéndole razón al apoderado de las víctimas recurrente que alegó la legalidad del preacuerdo.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de septiembre de 2007, rad. 27759, M.P. Alfredo Gómez Quintero, haciendo referencia a lo dicho en el pronunciamiento del 19 de octubre de 2006, rad. 25724, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Por último, por si fueran pocos los beneficios consensuados en favor de la procesada, la Juez de primera instancia la absolvio por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, bajo el argumento que no se probó que se hubiese incautado un arma de fuego de defensa personal, que el elemento que fue usado fuera apto para disparar y estuviera en buen funcionamiento, sin respuesta del Departamento de Control y Comercio de Armas y Municiones y Explosivos si GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA era o no portadora legal de armas de fuego y defensa personal, a más de lo dicho por los indiciados en los interrogatorios que el arma usada para reducir a AURELIO ARIAS era de fogeo.

Dicha absolución fue igualmente tema de disenso por los dos representantes judiciales de las Víctimas como recurrentes, considerando la Sala que les asiste razón, porque la primera instancia desconoció que, a más de la aceptación de responsabilidad de la procesada por los cargos formulados en su contra de los ilícitos preacordados, la Fiscalía aportó el mínimo de prueba que permite inferir la materialización del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y la responsabilidad de la procesada.

De los hechos por los que se acusó a la procesada y los elementos materiales de prueba descubiertos y allegados por la Fiscalía, se infiere claramente que para la ejecución del ilícito se usó un arma de fuego, como lo señaló AURELIO ARIAS en las entrevistas que rindió⁴⁵, en las que expuso que para el día de los hechos, ingresaron cuatro hombres a las instalaciones del hotel El Cid, quienes supuestamente pertenecían a una congregación religiosa e iban a hospedarse allí, luego lo hizo otro hombre que se identificaba como el pastor, quien le solicitó revisar las tomas del segundo piso, por lo que al trasladarse a verificar el presunto daño, este sujeto le tapó la boca y lo encañonó con un revólver niquelado, procediendo los otros sujetos a amordazarlo y amarrarlo para que no ofreciera resistencia mientras se perpetraba el reato, permaneciendo retenido por espacio de tres horas.

⁴⁵ Fls. 166-170 y 196-200 c. de pruebas.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

También se allegó el oficio del 19 de febrero de 2018 emitido por el jefe de Estado Mayor Primera Brigada, Comando General de las Fuerzas Militares, mediante el cual informó que consultados los archivos del Sistema de Información de Armas Explosivos y Municiones (SIAEM) del Comando General de las Fuerzas Militares, los señores DONOVAN STEEWAR PINZÓN VANEGAS, MAC DONALD BERMÚDEZ DÍAZ, JUAN CARLOS SOTAQUIRÁ CASTELLANOS, TEISON PINZÓN DÍAZ, JORGE IVÁN GARCÍA JIMÉNEZ, YANY ALEJANDRO MORENO CASTILLO y GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, no cuentan con permiso de autoridad competente para el porte de armas de fuego⁴⁶.

Lo anterior, da lugar a tener por acreditada la materialización del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego; sin duda, el uso del arma de fuego hizo parte del plan criminal para la perpetración del injusto, como elemento útil para amedrentar a los ocupantes del hotel, así como garantizar una reacción defensiva ante comportamientos de repulsa que pudieran materializarse por parte de las víctimas; y la procesada al aceptar aquellos cargos en el preacuerdo, renunciando al juicio público, oral y contradictorio, declinó a controvertir la prueba sobre la idoneidad del artefacto y características del mismo, que desde luego, ahora con la invalidación del preacuerdo, de continuarse con el trámite ordinario, podrá hacer uso de esa controversia.

Al respecto es importante precisar que las constataciones que deben realizarse en el curso del trámite ordinario y condena anticipada varían sustancialmente, pues, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “*un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”, como lo dispone el artículo 327 del C. de P.P.

Lo anterior teniendo en cuenta que la aceptación de responsabilidad se produce en fases tempranas del proceso, en donde precisamente no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente por la economía alcanzada, por no adelantar el juicio, es que se premia al procesado con la rebaja punitiva, por lo cual la exigencia probatoria se morigera, siendo suficiente que los

⁴⁶ Fl.253 ibidem.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

elementos aportados y la aceptación de responsabilidad tornen verosímil la admisión de culpabilidad⁴⁷.

Encontrándose entonces el mínimo probatorio exigido por el inciso tercero del artículo 327 del C.P.P., para no comprometer el principio de presunción de inocencia, lográndose inferir, con los medios probatorios y evidencia física incorporada por la Fiscalía, que el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones se materializó y que en el mismo participó la procesada a título de coautora impropia, a más de los desproporcionados beneficios que ya se habían pactado, no era procedente la absolución por dicho ilícito, asistiéndole igualmente razón a los recurrentes al cuestionar la sentencia en tal sentido.

Por todo lo expuesto, como ya se anunció, se declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de preacuerdo celebrado el quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018) entre la Fiscalía Novena Seccional de Tunja y la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA asistida por su Defensor.

2.3.- De la reglamentación sobre los requisitos del beneficio de permiso de hasta setenta y dos horas, competencia para decidir su aprobación, y cumplimiento de las exigencias en el caso concreto.

El artículo 146 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, ha considerado los permisos hasta de setenta y dos horas como un beneficio administrativo que hace parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo a la reglamentación respectiva.

“ART. 146. Beneficios administrativos. Los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaría abierta harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva”.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Entre otros pronunciamientos, sentencia de 8 de julio de 2009, rad. 31280, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

En el artículo 147 de la misma ley, se han previsto los requisitos para que la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario, o por delegación de estos, según los reglamentos de los establecimientos de reclusión, conceda permisos con la regularidad que se establezca, hasta de setenta y dos horas, para que los condenados puedan salir del establecimiento sin vigilancia.

“ART. 147. Permiso hasta de setenta y dos horas. La Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados que reúnan los siguientes requisitos:

1. *Estar en la fase de mediana seguridad.*
2. *Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta.*
3. *No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial.*
4. *No registrar fuga ni tentativa de ella, durante el desarrollo del proceso ni la ejecución de la sentencia condenatoria.*
5. *(No estar condenado por delitos de competencia de jueces regionales). Modificado por la Ley 504 de 1999, art. 29. Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por delitos de competencia de jueces penales de circuito especializados.*
6. *Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina.*

Quien observare mala conducta durante uno de esos permisos o retardare su presentación al establecimiento sin justificación, se hará acreedor a la suspensión de dichos permisos hasta por seis meses; pero si reincide, cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelarán definitivamente los permisos de este género.”

Teniendo en cuenta que el numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 fue modificado por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, y que esta norma tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2007, no puede revivirse el contenido de la norma

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

original, ante la derogatoria de la ley, como lo señala el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, cuando dice:

“Art. 14. Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.”

Por tanto, una vez perdió vigencia el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, el 30 de junio de 2007, quedó derogado el numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993; lo que indica que desapareció la restricción de los requisitos para conceder el permiso hasta de setenta y dos horas para los condenados por la justicia regional, luego llamada justicia especializada, para los cuales en principio no tenían derecho al permiso administrativo y después les era viable obtenerlo con el cumplimiento de la pena en un 70%.

Así entonces, los condenados por la justicia especializada, igual que a los condenados por la justicia ordinaria, tienen derecho al permiso de hasta setenta y dos horas una vez cumplan la tercera parte de la pena impuesta y los demás requisitos previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 1542 de 1997 y 232 de 1998, salvo las prohibiciones legales que se verán más adelante.

A su vez, el Decreto 1542 de 1997, al reglamentar la concesión de permisos por descongestión carcelaria, en su artículo 5, dispuso:

“ART. 5. Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados. (Se resalta fuera de texto).

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Cada director de establecimiento carcelario y penitenciario, será responsable de la recaudación de la documentación necesaria para garantizar este derecho.

Se entiende que un interno se encuentra en la fase de mediana seguridad, cuando ha superado la tercera parte de la pena impuesta y ha observado buena conducta de conformidad con el concepto que al respecto rinda el Consejo de Evaluación.

Se entiende por requerimiento la existencia de órdenes impartidas por autoridad competente que impliquen privación de la libertad. El Departamento Administrativo de Seguridad y las demás autoridades competentes, deberán mantener actualizado el registro de órdenes de captura vigentes, y dar respuesta a las solicitudes elevadas por el director del establecimiento carcelario, dentro de los cinco días siguientes a su recibo.

En todo caso, la solicitud del interno deberá ser resuelta por el director del establecimiento carcelario en un plazo máximo de quince días.

Los beneficios administrativos concedidos por los directores de establecimientos carcelarios o por los directores regionales, deberán ser comunicados mensualmente al Director del INPEC.

PARAGRAFO. Las solicitudes en curso en la Oficina Jurídica del INPEC, serán evacuadas por dicha dependencia en un término no superior a treinta días contados a partir de la vigencia del presente decreto.”

Así mismo, el Decreto 232 de 1998, mediante el cual también se dictaron disposiciones con referencia al artículo 147 de la Ley 65 de 1993, sobre el permiso administrativo de hasta 72 horas, señaló:

“ART. 1º. Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de Ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

conceder permisos hasta de setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente.

Para el ejercicio de esta facultad discrecional, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, cuando se trate de condenas inferiores a diez (10) años, resolverán la solicitud del permiso hasta por setenta y dos (72) horas, de conformidad con el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, el artículo 5º del Decreto 1542 de 1997 y el presente decreto.

Cuando se trate de condenas superiores a diez (10) años, deberán tener en cuenta, además de los requisitos a que se refiere el inciso anterior, los siguientes parámetros:

- 1. Que el solicitante no se encuentre vinculado formalmente en calidad de sindicado en otro proceso penal o contravencional.*
- 2. Que no existan informes de inteligencia de los organismos de seguridad del Estado que vinculen al solicitante del permiso, con organizaciones delincuenciales.*
- 3. Que el solicitante no haya incurrido en una de las faltas disciplinarias señaladas en el artículo 121 de la Ley 65 de 1993*
- 4. Que haya trabajado, estudiado o enseñado durante todo el tiempo de reclusión.*
- 5. Haber verificado la ubicación exacta donde el solicitante permanecerá durante el tiempo del permiso.”*

De otra parte, al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es a quien le corresponde hacer el seguimiento al cumplimiento de la sanción penal, debiendo conocer y aprobar las peticiones de los internos en relación con el tratamiento penitenciario en cuanto se refiera a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena, y de las propuestas que hagan las autoridades

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

penitenciarias sobre los beneficios administrativos, de conformidad al artículo 51 de la Ley 65 de 1993, artículo 79 de la Ley 600 de 2000, y artículo 38 de la Ley 906 de 2004.

De acuerdo a lo anterior, al considerarse el permiso de hasta setenta y dos horas, como un beneficio administrativo según lo previsto en el artículo 146 de la Ley 65 de 1993, a pesar que el artículo 147 de la misma ley faculta a los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios para conceder dichos permisos, es a la autoridad judicial a quien le compete conocer y decidir de fondo sobre la concesión de dichos permisos por incidir sobre la libertad del condenado, así sea de manera transitoria, y en la modificación en el cumplimiento de la pena dentro del tratamiento penitenciario; por eso, el artículo 79 del C. de P.P. Ley 600 de 2000, y el artículo 38 de la Ley 906 de 2004, le asignó como competencia al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, entre otras, en su numeral 5, *“De la aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad.”*⁴⁸.

De todo lo anterior, **se puede concluir** que: i) a quien le corresponde conceder o negar el permiso de hasta setenta y dos horas, es al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que conoce del cumplimiento de la pena, ii) la autoridad administrativa será quien tendrá la facultad certificadora sobre el cumplimiento de varios de los requisitos para tal fin, iii) los requisitos del beneficio administrativo de permiso hasta de setenta y dos horas, son los previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, Decretos 1542 de 1997 y 232 de 1998, y iv) los condenados por la justicia especializada, igual que a los condenados por la justicia ordinaria, tienen derecho al permiso de hasta setenta y dos horas una vez cumplan la tercera parte de la pena impuesta y los demás requisitos previstos en las normas en cita.

⁴⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-312 de 30 de abril de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, al pronunciarse sobre la exequibilidad del numeral 5 del artículo 79 de la ley 600 de 2000, precisó que a quien le corresponde conceder o negar el permiso de hasta setenta y dos horas es al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que conoce del cumplimiento de la pena y no a la autoridad administrativa que simplemente es quien tiene la facultad certificadora sobre el cumplimiento de varios de los requisitos para el otorgamiento de dicho beneficio, certificaciones que deben ser valoradas por la autoridad judicial.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Ahora bien, cuando la sentencia no se encuentra ejecutoriada, así como en el Decreto 1542 de 1997, en su artículo quinto señaló que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podían conceder los permisos de setenta y dos horas a los condenados cuando el recurso de casación se encuentre pendiente, es decir, no estando en firme la sentencia, entendiéndose como se ha dicho, que es a la autoridad judicial a quien le corresponde decidir sobre tales beneficios, previa la valoración de las certificaciones que debe expedir la autoridad administrativa carcelaria y penitenciaria sobre el cumplimiento de varios de los requisitos para su otorgamiento; el artículo 190 de la Ley 906 de 2004, estableció la competencia en el juez de conocimiento en primera instancia, durante el trámite del recurso extraordinario de casación, para resolver lo referente a la libertad y demás asuntos que no estén vinculados con la impugnación, como es el caso del beneficio administrativo.

Como el legislador omitió señalar la competencia para cuando la libertad u otro asunto no vinculado a la impugnación fuera solicitado en el trámite del recurso de apelación; hemos considerado se debe dar aplicación analógica a lo preceptuado en el artículo 190 del C.P.P., porque dicha norma tiene dos supuestos comunes para el trámite del recurso extraordinario de casación y el ordinario de apelación, la existencia de una sentencia condenatoria que no ha cobrado firmeza, presupuestos de la privación de la libertad con vocación de descuento de la sanción impuesta; a más de la garantía de la segunda instancia a la decisión que resuelve la petición de libertad o los demás asuntos no vinculados con la impugnación⁴⁹.

⁴⁹ Si quien está conociendo la apelación de la sentencia se pronuncia sobre la libertad del procesado, se privaría de la garantía de la segunda instancia de esa decisión, porque como lo señaló la jurisprudencia, no se pierde aquella condición: “... *el funcionario que resuelve la apelación contra el fallo de primer grado no pierde su condición de ad-quem frente a la adopción de cualquier otra decisión que adopte en el curso del trámite procesal que le otorga la competencia para conocer de la actuación*” (Auto de 24 de abril de 2013, M.P. José Luis Barceló Camacho, R. 40726. En el mismo sentido auto del 30 de mayo de 2006, radicación No. 25496)

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Así entonces, la solución dada por el legislador para determinar la competencia en lo referente a la libertad y demás asuntos que no estén vinculados con la impugnación durante el trámite del recurso extraordinario de casación, será la misma en el trámite del recurso ordinario de apelación, no existiendo elemento diferenciador que justifique la asignación de competencia en Despacho distinto al de conocimiento de primera instancia.

Por lo anterior, en este caso, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja tenía la competencia para resolver en primera instancia la solicitud de la Defensa de la procesada, de la concesión del permiso de hasta setenta y dos horas, y esta Sala de Decisión es competente para resolver el recurso de apelación contra la decisión que negó el beneficio.

En el caso de estudio, debemos precisar que contra GLORIA ESPERANZA HERRREA OSPINA se han proferido dos sentencias condenatorias por los hechos ocurridos la noche del 3 de febrero de 2017, una con ocasión al allanamiento a cargos por el delito de hurto calificado y agravado, y la otra, que es objeto del recurso de apelación que aquí se resuelve, por el preacuerdo celebrado con la Fiscalía por los delitos de Secuestro Simple Agravado, Secuestro Simple y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones.

Como quedó reseñado, el proceso original en el que se hiciera la formulación de imputación y se le impusiera a la procesada la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión era el radicado con el CUI 150016000132201700308; pero con ocasión al trámite de la preclusión solicitada por uno o varios delitos en relación con los diferentes imputados, -en favor de GLORA ESPERANZA HERRERA OSPINA específicamente la Fiscalía solicitó y se decretó la preclusión por el delito de homicidio agravado, según lo informado-, se rompió la unidad procesal y al proceso adelantado contra ésta procesada se le asignó el número de radicación CUI 150016000000201700056, siendo acusada por los delitos de hurto calificado y agravado, secuestro simple agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, y cuando se

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

pretendía iniciar la audiencia preparatoria, la procesada se allanó a los cargos por el delito de hurto calificado y agravado, por lo que nuevamente se rompió la unidad procesal, continuándose el proceso que aquí nos ocupa, con la radicación ya indicada y por el que se encuentra privada de la libertad la procesada en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Sogamoso ante el cual se libró la boleta de detención No. 020, como aparece a folio 54 del cuaderno uno, con ocasión a la medida de aseguramiento impuesta en audiencia del 18 de marzo de 2017.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, en la decisión del 6 de agosto de 2021, objeto del recurso de apelación, negó la aprobación del beneficio administrativo de hasta setenta y dos horas en favor de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, porque el Defensor no aportó la documentación que acreditara los requisitos y, solicitada la información al Establecimiento de reclusión, la Directora de la Cárcel de Sogamoso informó que la procesada se encontraba en fase de alta seguridad, que ante la solicitud que hiciera del beneficio administrativo de 72 horas, se le dio respuesta que no cumplía con el requisito de estar en fase de mediana seguridad, por lo que no era viable allegar la documentación pertinente para dicho beneficio, a más de no encontrarse en firme la sentencia condenatoria; concluyendo la Juez que la procesada no cumplía con el requisito de encontrarse en fase de mediana seguridad exigido por la norma, lo que fue reiterado en el auto del 18 de agosto de 2021, mediante el cual no repuso lo decidido.

El Defensor en una precaria sustentación de los recursos de reposición y en subsidio apelación, alegó que a pesar de la mora judicial para que las sentencias quedaran en firme, la procesada tenía constitucional y legalmente un derecho materialmente adquirido para que se concediera el beneficio administrativo solicitado.

Para la procedencia del permiso de hasta de setenta y dos horas, como se ha expuesto, la procesada debe acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, Decretos 1542 de 1997 y 232 de 1998, y como bien lo señalara la primera instancia, a más de no

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

allegarse la documentación certificadora que debe expedir el establecimiento de reclusión para su demostración, la Directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Sogamoso dijo no se cumplía con los mismos porque la procesada estaba en fase de alta seguridad, descontando pena para redención en enseñanza (monitores laborales), con una calificación a la fecha de la información en el grado de ejemplar.

En consecuencia, la Sala puede concluir que GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA no cumplió con los requisitos para el otorgamiento del beneficio administrativo solicitado, específicamente por no estar en fase de mediana seguridad como lo exige el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por lo que tampoco se allegó la documentación que probara los demás requisitos.

El cambio de fase de seguridad en el tratamiento penitenciario, le compete realizarlo a la entidad administrativa carcelaria, conforme lo señalado en los artículos 144, 145 y normas concordantes de la Ley 65 de 1993, siendo el Consejo de Evaluación y Tratamiento al que le corresponde determinar en qué fase del sistema progresivo debe clasificarse a cada uno de los privados de la libertad que cumplen pena de prisión, y la autoridad judicial lo que debe es valorar la documentación certificadora que esa autoridad administrativa le expida, para aprobar o conceder el beneficio administrativo.

De otra parte, la falta de ejecutoria de la sentencia condenatoria no es óbice para que las autoridades carcelarias y penitenciarias realicen la clasificación del procesado dentro de la fase de tratamiento que le corresponda, pues la privación de la libertad desde el momento del anuncio del sentido del fallo condenatorio y sentencia, deja de tener la finalidad de la medida de aseguramiento y se comienza con los fines del cumplimiento de la pena, a más que en aplicación al artículo 5 del Decreto 1542 de 1997, con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, aquellas autoridades administrativas deben certificar el cumplimiento de los requisitos para la aprobación del beneficio administrativo de permiso de hasta setenta y dos horas, para los procesados cuyo recurso de casación contra la sentencia condenatoria se encuentre pendiente, lo que es aplicable igualmente cuando no se ha resuelto el recurso de apelación, como

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

sucede en este caso, es decir, no siendo un obstáculo la falta de ejecutoria de la sentencia condenatoria para la acreditación de los requisitos del beneficio.

En el caso de estudio, si bien GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA se encuentra privada de la libertad desde el 18 de marzo de 2017 según lo informado en el proceso en la boleta de detención, descontando pena para redención en enseñanza (monitores laborales), con una calificación a la fecha de la información en el grado de ejemplar, como lo dijo la directora de la Cárcel de Sogamoso, no se encuentra en fase de mediana seguridad, según lo informado está en fase de alta seguridad, como tampoco se certificó el cumplimiento de los demás requisitos para el otorgamiento del beneficio administrativo, por lo que deberá confirmarse la decisión de primera instancia que lo negó.

3.- Otras determinaciones.

Como se declarará la invalidez de lo actuado desde el preacuerdo celebrado el quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018), deberá ordenarse la libertad de la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, conforme a lo previsto en el artículo 317, numeral 5, de la Ley 906 de 2004, por haber transcurrido más de ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, sin que se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.

Sin embargo, como la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA igualmente fue condenada en primera instancia por el delito de hurto calificado y agravado, por los mismos hechos referidos en este proceso, teniéndose conocimiento que con ocasión a la ruptura de la unidad procesal se le asignó a ese otro proceso el radicado con el CUI 150016000000201700089, que igualmente se encuentra al Despacho de la Magistrada Ponente de esta Sala de Decisión para resolverse el recurso de apelación contra la sentencia del 15 de mayo de 2018, en la que se le impuso la pena de ocho años de prisión y le fueron negados los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, se oficiará al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Sogamoso, para que aquella quede privada de la libertad por cuenta del proceso en referencia en cumplimiento de la pena

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

impuesta por el delito de hurto calificado y agravado, por el que igualmente fue cobijada inicialmente por la medida de aseguramiento impuesta y por la que se libró la boleta de detención número 20 del 18 de marzo de 2017 del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Tunja.

En mérito de lo expuesto, y no siendo otros los motivos de impugnación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su Sala Tercera de Decisión Penal,

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado a partir, inclusive, del acta de preacuerdo suscrita el quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018) entre la Fiscalía Novena Seccional de Tunja y la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA con la asistencia de su Defensor, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior decisión, se ORDENA LA LIBERTAD INMEDIATA de GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA en este proceso con radicado CUI 150016000000201700056, número interno de este Tribunal 20180637, por los delitos de secuestro simple agravado, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por lo que se ORDENA oficiar al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Sogamoso, informándosele que GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA, QUEDA PRIVADA DE LA LIBERTAD por cuenta del proceso con radicado CUI 150016000000201700089, número interno de este Tribunal 20180422, en cumplimiento de la pena de ocho años de prisión impuesta en sentencia del 15 de mayo de 2018 del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, por los mismos hechos ocurridos el 3 de febrero de 2017, por el delito de hurto calificado y agravado, en la que se le negaron los subrogados penales, ilícito por el que igualmente fue cobijada inicialmente por la medida de aseguramiento impuesta y por la que se libró la boleta de detención número 20 del 18 de marzo de 2017 del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Tunja, encontrándose pendiente de resolver por esta Sala de Decisión, el recurso de apelación contra dicha sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio del seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021) proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante el cual le negó a la procesada GLORIA ESPERANZA HERRERA OSPINA la concesión del permiso hasta de setenta y dos horas, decisión de la que el Juzgado negó la reposición en auto del dieciocho (18) del mismo mes y año, por las razones expuestas en esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ

Magistrado

RICARDO ALONSO ARGINIEGAS GUTIERREZ

Magistrado

YOLANDA CECILIA LANCHEROS PALACIOS

Secretaria

Firmado Por:

Luz Angela Moncada Suarez

Magistrada

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Tunja - Boyaca

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal*

Jose Alberto Pabon Ordoñez

Magistrado

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Tunja - Boyaca

Ricardo Alonso Arciniegas Gutierrez

Magistrado

Sala 002 Penal

Tribunal Superior De Tunja - Boyaca

Yolanda Cecilia

Lancheros

Palacios

Secretaria

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Tunja - Boyaca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

77139bf72bc7f7fccd6e013e87c469c2c77dc569ea2db4d8ca9a7eb1b0da9bc3

Documento generado en 23/02/2022 03:06:45 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**