



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

COORDINACIÓN DE LA EDICIÓN

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

TOMO III

*El presente trabajo fue realizado por el equipo de trabajo de la Relatoria de la Sala de Casación Penal, bajo la Coordinación y Dirección del Dr. Eugenio Fernández Carlier, Presidente de la Sala.
Bogotá, D.C. 2017*



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
PRESIDENTE

EYDER PATIÑO CABRERA
VICEPRESIDENTE

MAGISTRADOS

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

AGRADECIMIENTOS

A los funcionarios y empleados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Un merecido reconocimiento y agradecimiento a los funcionarios y empleados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que con su esfuerzo han contribuido día a día a la labor que cumple la Sala en su tarea de administrar justicia. Ellos son:

MAGISTRADOS AUXILIARES

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA, MARCO ALFREDO MORALES VELA, ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS, CARLOS FABIÁN PEÑA SUÁREZ, ILICH FELIPE CORREDOR, HÉCTOR CASANOVA GONZÁLEZ, HÉCTOR ALARCÓN NOBLES, MAURICIO ALFONSO SENEJOA, HERNANDO BARRETO ARDILA, LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, FERNANDO DARIO BOHORQUEZ TOVAR, PATRICIA CANTOR, RAÚL CASTAÑO VALLEJO, RAFAEL CALDERÓN BALBUENA, MARIO CORTES MAHECHA, IVÁN ANDRÉS CORTES PEÑA, RODRIGO ECHEVERRI JIMÉNEZ, SOCORRO FERNÁNDEZ MORENO, AGUSTÍN GARCÍA RIVERA, ALEXANDRA GARCÍA PARRA, ORLANDO GARCÍA, MAURICIO GARCÍA CADENA, OSWALDO GARZÓN PAIPILLA, ALEJANDRO GUERRERO TORRES, MIGUEL ANTONIO GUIO BARRERA, JAVIER ENRIQUE HURTADO RAMÍREZ, NELSON ANDRÉS LEÓN RUÍZ, GUILLERMO JOSÉ MARTÍNEZ CEBALLOS, SANDRA LILIANA MAHECHA QUINTERO, BLANCA HELENA MATEUS, CARMEN ROSA MENDOZA NEIRA, NESTOR ORLANDO MILLÁN GÓMEZ, EDUARDO MORENO ACERO, LUIS FERNANDO MURILLO OCAMPO, HENRY MORENO, JOSÉ LIBARDO NIETO, FABIO OSPITIA GARZÓN, CARLOS AUGUSTO OSORIO OROZCO, ALEXANDRA OSSA SÁNCHEZ, MARIA CRISTINA PATIÑO GONZÁLEZ, ÁLVARO PASTAS OBANDO, SANDRA HELENA PORTILLA CONSTAIN, LAURA PATRICIA PRIETO RESTREPO, RICARDO RAFAEL RIVERO RICARO, ROLANDO ROBAYO, LUISA FERNANDA RUEDA VELÁSQUEZ, MARIA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA, MARTHA LUCÍA SALGAR RANGEL, CARLOS ARTURO SUAREZ ROBLEDO, XENIA ROCÍO TRUJILLO HERNÁNDEZ, ÁNGEL OVIDIO VARGAS GALÁN, YOMAIRA VALLES ROMERO Y LUIS FERNANDO ZAPATA .

PROFESIONALES ESPECIALIZADOS GRADO 33

GINA KATHERIN AMAYA HUERTAS, LILIBETH ALSINA BUSTOS, MARÍA MONICA CADENA RODRÍGUEZ, LAURA XIMENA OLAVE GUTIERREZ, JEFFERSON EFRÉN RUÍZ, LIDA ANGARITA, SANDRA ÁVILA LÓPEZ, ROBERTO CARLOS ARRAZOLA MORENO, ADRIANA LUCÍA ARIAS LANDINES, GLORIA INÉS ALAIX AGUILAR, EDWIN ALTAMIRANDA RODRIGUEZ,

ANYELO MAURICIO ACOSTA, PEDRO FERNANDO BALLESTEROS PEÑARANDA, MARÍA ANGÉLICA BEJARANO PUELLO, JOSÉ ASDRALDO BONILLA QUINTERO, MAURO CASALLAS, MARÍA MILADY CAÑÓN, JORGE LEÓN CEBALLOS ACOSTA, MARGARITA MARÍA CHINCHILLA LEBOLO, CIRO ALFONSO GÓMEZ CARREÑO, MAYRA LUCÍA GUTIÉRREZ FAJARDO, LUZ HELENA HERNÁNDEZ ÁNGEL, LILIANA ANDREA JOSSA JAMIOY, JORGE LUIS LEIVILLER PALOMINO, DELIO ENRIQUE MAYA BARROSO, WILLIAM MAURICIO MILLÁN VARGAS, ANA CAROLINA MOLINA VILLA, CESAR MONTAÑEZ, ALEXANDER ORTEGA CHACÓN, DIEGO ALEJANDRO PLAZAS GIRALDO, MAURICIO ALEJANDRO PARGA POVEDA, SEVERO RODRIGUEZ, EDUARDO JULIÁN RODRIGUEZ, ANDREA PATRICIA RODRIGUEZ TORRES, SANDRA RODRÍGUEZ, JOSÉ JORGE ROMERO ROJANO, MARIA ISABEL SANTOS MÉNDEZ, INGRID URIBE, VÍCTOR JULIO URIBE GÓMEZ, JOHANA EUGENIA VELÁSQUEZ, XIOMARA JAZMIN VILLOTA RODRIGUEZ, OSCAR HUBER ZUÑIGA CÓRDOBA Y LUIS DANIEL MANTILLA ARANGO

AUXILIARES JUDICIALES GRADO I

CARLOS ALBERTO PIÑEROS ARCILA, MIGUEL ORLANDO BOHÓRQUEZ RINCÓN, ERIKA ALEJANDRA FIGUEROA MONTOYA, GERMÁN GARZÓN SÁNCHEZ, LORIKARYN MORENO RODRIGUEZ, MILLER ALFONSO RAMÍREZ SOLÓRZANO, NUBIA ESPERANZA RODRÍGUEZ APARICIO, FERNANDO AUGUSTO RUÍZ DELGADO Y LAURA JIMENA SEPÚLVEDA GUALDRÓN.

SECRETARÍA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA, ALBA LUZ PIEDRAS ORTIZ, SERGIO LUÍS CLAVIJO RANGEL, VÍCTOR HUGO GUALDRÓN HERNÁNDEZ, ADRIÁN HERNÁNDEZ AGUILAR, DORIS LUCIA MARTINEZ GARCÍA HOLLAM RENE FUENTES RIAÑO, DORA LILIANA MANRIQUE NARANJO, RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ, MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ, ALEJANDRA CANO CUERVO, EDWIN EDUARDO CASTRO MUÑOZ, MANUEL JOSÉ CARDOZO SAAVEDRA, ALEXANDER CACHÓN VANEGAS, JORGE HUGO BARÓN RUIZ, KAREN ROCÍO BELTRÁN CRISTANCHO, RUBÉN DARIO BOJACA DIAZ, HÉCTOR LEONEL BLANCO MALDONADO, DENNYS LORENA ESPEJO IZQUIERDO, ÁLVARO AUGUSTO GÓMEZ CASTRO, ANA MARÍA GONZÁLEZ CAMACHO, LEONOR GUALDRÓN VARGAS, DANIEL ALBERTO RODRIGUEZ MUÑOZ, LUIS FABIÁN ROMERO AREVALO, LUZ MERY SÁNCHEZ ARIAS, LEIDY YOHANA SUAREZ SÁNCHEZ, INGRID MARQUEZ BERNAL, LUZ ARMILA MARTINEZ BARRERA, DIEGO FERNANDO VERNAL VELANDIA, CAMILA CABRERA GARCÍA, STEPHANIE IVONNE DALIZ CELEDON, PAOLA LÓPEZ LARA, JOSÉ VICENTE LEÓN VARGAS, ALEXANDER ROGELES SÁNCHEZ, GLORIA MARÍA OÑATE Y NÉSTOR RAÚL PATACÓN.

RELATORÍA

MARIA JULIANA ESCOBAR GUTIERREZ, LUZ MARITZA CASTELLANOS USECHE, JHONATAN GARCÍA GARCÍA, FABIO LEONARDO BERNAL GARCÍA, ERIK GIOVANNI MÉNDEZ PEÑA, CARLOS ALFONSO HERRERA DÍAZ, ELSY PAOLA VEGA AURELA, LUZ HELENA ARCINIEGAS CAICEDO, DIANA MARCELA RAMÍREZ MELO, ANDRÉS DARÍO RIVERA CHIAPPE, DANIEL RODRÍGUEZ DUARTE, OLGA LUCIA PÉREZ CÁRDENAS, MARY LUZ BERMUDEZ TOVAR, VIVIANA ANDREA AREVALO BASTIDAS Y LAURA VANESA NAVARRO SOTO.

PRESENTACIÓN

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estima de importancia entregar a la comunidad este documento histórico acerca del pensamiento de la jurisprudencia sobre el sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 y la legislación complementaria.

La obra en cuatro tomos pone a consideración las decisiones que han marcado hito en la aplicación del sistema acusatorio en Colombia.

En este segundo tomo se ofrecen las líneas jurisprudenciales sobre la indagación y la investigación, medios cognoscitivos en la indagación e investigación, formulación de imputación, régimen de libertad y restricción, principio de oportunidad y preclusión de la investigación.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Corte Suprema de Justicia
Presidente Sala de Casación Penal

SOMOS LA CARA HUMANA DE LA JUSTICIA.

Exaltación.

Saludo con alegría a mi familia, con la que construimos la cara humana de la justicia, un abrazo, mi voz de aliento y felicitación por la labor cumplida.

Este es un reconocimiento a los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, quienes sirven a la justicia en la rama judicial, la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

Gracias a los jueces, fiscales, defensores, empleados y magistrados de los Distritos Judiciales de San Gil, Bucaramanga, Bogotá, Cundinamarca, Pamplona, Pasto, Barranquilla, Santa Marta, Riohacha, Sincelejo, Valledupar, Quibdó, Medellín, Manizales y Tunja, por compartir las inquietudes sobre la Cara Humana de la Justicia y haberle regalado a la justicia el corazón para que germinase la semilla del cambio, para que la majestad de la justicia se gane el reconocimiento y la admiración de la sociedad colombiana.

Reconocimiento a quienes me han inspirado.

El mensaje que trasmito en esta oportunidad es exclusivamente la repetición de las enseñanzas que han dejado maestros, filósofos, literatos, psicólogos y pedagogos de la motivación, quienes se han preocupado por promulgar reglas de comportamiento que hagan de los seres personas dignas, de bien, con éxito, reconocidas por sus virtudes.

Valoro y comparto esas enseñanzas, lo que expreso es el pensamiento de Jorge Duque Linares, Nick Vujicic, Miguel Ángel Cornejo, Carlos Kasuga Osaka, Adriana Macías, Daniel Colombo, Pedro Medina, Raúl Mario Castellón, Jerry Báez, Yokoi Kenji, por citar algunos de los que he oído y leído, de los cientos más de personas que por vocación contribuyen al crecimiento de sus semejantes. Mi aporte es solamente difundir sus

mensajes y contar las historias de vida que mis amigos me relatan, aplicándolas a quienes administran justicia en Colombia.

Un regalo para la justicia.

Este instante es muy importante, nos va a permitir reflexionar y tomar decisiones para bien personal, familiar y laboral. Dispongamos, regalémosle el corazón a la justicia, esa fue la decisión que tomamos cuando decidimos estudiar derecho y a mí déjenme depositar en ese corazón la semilla que construyo con estas ideas y que cuidaran como lo más preciado todos los días, para que crezca un árbol frondoso, que dé los frutos que anhelamos.

Los patrones, los principios y los valores de comportamiento deben estar en permanente juicio crítico, al interior de nuestro ser se deben hacer reflexiones para fortalecer, eliminar, mejorar o cambiar si es necesario, hay que alimentar el espíritu y la ética y construir hábitos que nos hagan dignos.

Nunca es tarde para comenzar, para mejorar. Ese esfuerzo la familia, la patria y Dios lo premiaran.

Mirada al pasado: orgullo o vergüenza.

Los invito a recordar el pasado, a examinar nuestra conducta. Después de este repaso, respondámonos si nos sentimos orgullosos o avergonzados de lo que hacemos en casa, en el trabajo, frente a los demás, si somos dignos adalides de ser la cara humana de la justicia.

Lo que hago en el trabajo es una manifestación de lo que ocurre en la vida privada, es necesario verificar el estado de ánimo, las condiciones con las que partimos del hogar a la oficina.

Cómo nos comportamos al llegar al lugar donde laboramos, de qué manera tratamos al auxiliar, a los compañeros, a los empleados de la secretaría, a las partes e intervinientes en las diligencias y audiencias judiciales, en qué condiciones me encuentro cuando estudio el expediente y procedo a escribir las decisiones.

Lo ideal es que la persona preste el servicio a la justicia sin presiones, contaminación, alteraciones, lo haga sereno, calmado, reposado, dándose el tiempo y haciendo las reflexiones, confrontaciones y análisis que sean requeridos para una acertada decisión.

Hay un incendio que está destruyendo la majestad de la justicia, no se cree en los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, empleados, ni en los abogados, en las leyes, en nuestro trabajo, y, no es cierto todo lo que se afirma, pero algunas de las críticas son fundadas, es por éstas que estoy preocupado y son las que han motivado mi interés por esta plática de la cara humana de la justicia.

Cómo debería ser quien nos investigue y juzgue.

La reflexión a la que invito obliga a sugerir que nos consideremos investigados por haber cometido un delito y a partir de esta hipótesis nos preguntemos: ¿Cómo deberían ser las virtudes del juez, el fiscal, los investigadores, el procurador, el defensor y los empleados que tuvieran a su cargo el proceso penal adelantado en contra nuestra?.

Comportamientos indebidos. Al repasar la cotidianidad de las labores ejecutadas en los procesos, debemos interrogarnos si en Colombia los funcionarios, los empleados o los defensores, asumen comportamientos indebidos, como por ejemplo:

Gritar, maltratar, insultar o ultrajar. Me pregunto si los hay soberbios, arrogantes, orgullosos, autoritarios, intolerantes o arbitrarios, si no observan en el trato las buenas maneras, o si la razón de los argumentos está en la investidura, en el miedo, la soberbia o el poder, si el orgullo se sustenta en la vanidad, si los ascensos no corresponden ciertamente a las virtudes o si la codicia puede más que la justicia.

Las particularidades señaladas no constituyen la regla de comportamiento en la justicia, pero hay que admitir que excepcionalmente se presentan, estas actuaciones aisladas no pueden seguirse repitiendo, hay que

cambiarlas por las buenas maneras, hay que mejorar para ser personas éticas.

Qué jueces y justicia queremos para que nos juzguen, ese trato, esa forma de obrar que reclamamos para nosotros es el mismo que debemos dar a los demás, a los usuarios del servicio que prestamos. No puede haber diferencia, si la hacemos no sería justo.

Se dice que en una comercializadora de alimentos perecederos, del centenar de trabajadores, solamente uno al entrar saludaba y al salir se despedía del celador, por su nombre, le daba una palmada en el hombro y le deseaba bienestar, esta conducta se repetía diariamente. Un día después de terminada la jornada laboral, el celador se percató que su compañero entró pero no se había despedido, por lo que hizo una revisión de las instalaciones y lo encontró atrapado en uno de los cuartos fríos, de donde lo rescató, salvándole la vida.

El cumplimiento del deber actuando como personas dignas da frutos inesperados, así debemos obrar los que administramos justicia, como ese trabajador y el celador de la empresa de alimentos perecederos, hay que dar trato digno a todos para salvar la justicia.

Tenemos ya una tarea, demos a los demás el trato que exigimos para nosotros.

La formación en el hogar.

En casa los padres nos educan para la vida y en Colombia en la escuela o la universidad se capacita para el trabajo.

La trascendencia de la crianza de los padres en la conducta personal y de los futuros administradores de justicia es indiscutible, es tan importante la educación en el hogar que desde allí se pueden estar formando hijos con capacidad para ser injustos, indignos o corruptos, o ciudadanos honestos, responsables y dignos.

Los antivalores se arraigan en los menores cuando los padres en lugar de corregir a tiempo a sus hijos les celebran la mentira, los malos hábitos, las apropiaciones indebidas (en casa o en el colegio), la irresponsabilidad en el cumplimiento de los deberes como hijo, como persona, como estudiante, si a los niños se les deja crecer engañados que el dinero, el juego, el ocio o la diversión son un modo y una razón de vida. Qué esperanzas podemos tener si estos hijos son los que van a dirigir el país, si serán los futuros abogados, los que administraran justicia.

El patrimonio que les dejemos al morir a los hijos no tiene ninguna importancia, lo valioso es “qué hijos formamos y le dejamos” a Colombia.

La importancia del conocimiento, los títulos, los cargos y la autoridad.

Desde que sentimos inclinación por estudiar derecho nos mostramos decididos a conocer y estudiar la ley, la ciencia, la doctrina y la jurisprudencia.

El conocimiento, la capacitación y la sabiduría se convierten para los penalistas en lo más importante, en la razón de ser de nuestros ascensos, de la autoridad y la justicia. Así lo enseñan las universidades y las instituciones comprometidas con ese servicio, así lo aprendimos y lo practicamos.

Los hogares y la educación en las universidades, colegios y escuelas deben cambiar la ecuación profesionales por signo pesos por la de profesionales por personas éticas. Los profesores deben suministrar bases elementales en sus materias, promover la autoformación y ofrecer más capacitación en áreas de comportamiento, valores y humanismo.

Un estudiante, un principiante en el área del derecho, en la prestación del servicio de la justicia, es un molde, los profesores, jefes y compañeros deben aportar para configurar la persona digna, aquella que a futuro será la cara humana de la justicia. De qué se nutrió el molde, el hijo, el alumno, el juez,

el fiscal, el abogado, de ternura, amor, comprensión, imparcialidad, honestidad, o de odio, rencor, deshonestidad, ambición o venganza.

Formemos a quienes nos ayudan para que sean optimistas, alegres, dedicados, es un compromiso de nosotros que los demás crezcan, no podemos ser meros espectadores, tenemos que ser protagonistas del éxito de nuestros semejantes, hay que forjar seres dignos que nutran la sociedad, al gremio de quienes trabajan con la justicia y también propiciar la rehabilitación de los procesados, son seres humanos que tienen derechos, dignidad, valores que hay que rescatar.

No se pueden evitar los tropiezos, se presentaran, pero hay que superarlos, jamás hay que renunciar a intentarlo, tiene que seguirse dando lo mejor de nosotros, pero no hay que hacerlo con mano cerrada, así no se da ni se recibe, formemos con la mano tendida, abierta, para construir, levantar, ayudar y crecer, con una mano que enseñe a mejorar las relaciones y aprovechar las oportunidades.

El error de formación. Después de cuarenta años de ocuparme del conocimiento, de titularme y especializarme, de recibir las investiduras de magistrado, juez, fiscal, defensor y empleado, advierto de su importancia, pero descubro mi error, ahí no está la esencia de la justicia.

La esencia de la justicia: es ser persona digna. La esencia de la justicia está en ser persona digna, tener don de gentes, ser humilde, sencillo, comprensivo, prudente, sensible, honesto, mostrar la cara humana de la justicia en el cumplimiento de esa misión y de las funciones.

Ser persona ética es lo más importante, es lo más sublime, es lo más valioso.

Qué justicia queremos en Colombia.

No hay nada más injusto que los juicios sustentados en criterios que no representan la identidad de una sociedad, de un Estado, esta afirmación está en el Preámbulo de la Carta Política al propugnar por la unidad de la Nación, de la justicia y del orden social justo.

Cuando la Carta Política en su artículo 232 impone para el ejercicio de la magistratura ser colombiano de nacimiento, le da sustento a una administración de justicia con base en la idiosincrasia, la cosmovisión, la cultura, la costumbre, los principios y valores que rigen a los colombianos.

Entonces, por mandato constitucional, las instituciones judiciales y la justicia deben tener aroma colombiana, como lo canta Jorge Celedón, la Constitución Política ordena vivir esta vida bonita con mi gente y que la justicia en mi tierra sea dulce como la caña y tenga aroma a un traguito de café.

En Colombia no se sustenta la justicia únicamente en los números, los resultados materiales, prácticos, contables, en las estadísticas; no se multiplica la justicia por el signo pesos, por el interés, la operación de la justicia colombiana se agota multiplicándola por el signo personas éticas, con valores y principios.

Los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados deben buscar el conocimiento de la ciencia penal y sus instituciones haciendo siempre prevalecer las interpretaciones que identifiquen la justicia con los principios y valores de los colombianos. La confrontación con la legislación foránea debe alimentar la cultura, pero las decisiones y las convicciones se deben forjar con criterio propio, jamás el esnobismo debe ser el fundamento de las determinaciones judiciales.

La información, la capacitación y la experiencia de los que sirven a la justicia en Colombia ha sido lo suficientemente ilustrada y desarrollada, a tal grado que debemos admitir que tenemos una identidad propia en la rama judicial, la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, construida con la legislación nacional, la doctrina y la jurisprudencia. Este perfil hay que mantenerlo y fortalecerlo más en lo sucesivo.

La justicia debe decidir los problemas de los colombianos con criterios y caracterizaciones propias, se insiste, con sabor a caña dulce y aroma a un traguito de café.

Quiénes administran justicia y deben ser personas éticas.

No podemos continuar nuestra reflexión si no identificamos a las personas que administran justicia en Colombia.

La justicia no la administra únicamente el magistrado o el juez, también los que participan en el proceso penal en calidad de fiscal, procurador, defensor y los empleados que contribuyen con el trámite del proceso. Cada uno de ellos es el alma de la justicia, la conducta desarticulada de uno afecta la cara humana de la justicia, su imagen, su majestad.

Me pregunto, qué sería de la búsqueda de la verdad, del propósito de acertar y de dar a cada quien lo que le corresponde en un proceso, si el citador no cumple con la función de hacer saber al testigo que debe comparecer a declarar, si el oficial mayor y el escribiente, así como el secretario, no agregan los memoriales a la actuación, no elaboran los oficios comunicando al perito las inquietudes que deben ser resueltas y no rinden los informes que a tiempo deben conocer los jueces para decidir. Qué sería de la justicia sin el trabajo de los investigadores, o las opiniones, los juicios y la labor que desde su rol cumplen los fiscales, procuradores, defensores o víctimas, dialéctica necesaria para que el juez decida en derecho el problema jurídico planteado.

¿Qué sería de la justicia, vuelvo y me pregunto, si la conducta de todos no cumple la misión de ser su cara humana?.

Cuál es el perfil de los administradores de justicia.

Cuál es el perfil que le conviene a la justicia colombiana para sus magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, para ser la cara humana de la justicia?

Si aceptamos que cometemos errores, que nos equivocamos, si admitimos que la esencia de la justicia está representada en los valores y el humanismo de nuestras conductas, la única solución es cambiar, corregir, para que la justicia sea un servicio de calidad que deje satisfacción en nosotros, en la sociedad y en los usuarios del servicio, mejoras que no se logran con una ley ni con la jurisprudencia, mucho menos escribiendo tratados de derecho sobre un tema jurídico, solo se alcanza ese propósito siendo personas éticas.

El cambio gira en torno a ser personas dignas, ofrecer un servicio de calidad y satisfactorio, ser funcionarios excelentes, no incurrir en defectos y excesos, en hacer del proceso penal una oportunidad para resolver problemas.

Necesitamos servidores que no se rindan, que luchen por los propósitos y los cambiamos anhelados, que intenten transformar el servicio de justicia hasta lograrlo.

Por qué ser personas dignas.

En la vida hay dos opciones: hacer el bien y ser felices o hacer daño y vivir amargados. Por cuál optamos?.

El propósito que debe orientar la conducta de un servidor de la justicia en la vida es luchar por hacer el bien y ser felices, con todo lo que ello implica.

La felicidad no se obtiene con la satisfacción material, sin afecto o amor por lo que hacemos no hay realización. No hay que hacer el mal, solamente el bien y seguir con ese rumbo.

A la humanidad hay que educarla para que aprenda a ser feliz y no materialista, hay que enseñar a las personas a que se fijen en el valor de las cosas y no en el precio únicamente, a “diferenciar entre un ser humano y ser un humano”.

Para no hacer daño, para ser felices, hay que organizar la vida, eliminar lo indeseable, lo negativo, alejarnos de los conflictos, no mirar a los semejantes como seres distintos y con distancia, hay que rescatar lo positivo, en fin hay

que identificar lo malo para elegir lo bueno, hay que construir y no destruir, no hay que optar siempre por lo más fácil, hay que optar por las utilidades que dejan las dificultades.

Los gritos, las miradas, las palabras, el trato, las decisiones, son bienvenidos cuando disparan afecto, amor, justicia, verdad, felicidad.

El valor y la dignidad de lo que hacemos no está en las explicaciones sino en las reflexiones, estas me deben permitir saber lo que quiero para no marchar desorientado, conocerme a mí mismo y a los demás, identificar el talento, las debilidades, las fortalezas, para obrar como un líder, siendo el primero en luchar e inspirar a otros.

Quiénes tienen que mejorar.

Pero, quiénes tienen que cambiar?. Acaso los demás?. No. Los que tenemos que cambiar somos nosotros, los que administramos justicia.

La justicia nos da todo, el trabajo, el alimento, lo necesario para la familia, para realizarnos, nos da felicidad, ¿Por qué entonces, permitimos con nuestra conducta que la majestad de la justicia se afecte?.

Tenemos que convencernos que hay que cambiar, nadie nos va a convencer si no queremos, si no lo admitimos.

Hay que mejorar, somos los únicos que podemos hacerlo, los demás no van a hacer nada por nosotros, el prestigio de la justicia está en manos de quienes la construimos y la administramos.

Los invito a cambiar, a ser la cara humana de la justicia.

Los invito a buscar la verdad, a dar todo de nosotros, a rescatar la humildad, obrar con dignidad, honor y honradez, con acierto, imparcialidad, respeto y consideración.

Los invito a perdonar si es necesario, a acudir a la sabiduría y probidad para ganarnos la confianza y la admiración. A veces el perdón en el campo de la justicia no conlleva la exoneración de la sanción que la ley establece, pero

lo perdonable desde lo ético restablece la armonía, el sosiego, la paz, las condiciones necesarias para comenzar de nuevo.

Pongámonos como tarea cambiar y mejorar por el bien de la justicia. Los invito a dar un no rotundo a la mentira, la intolerancia, el interés personal, la soberbia, la ambición y la codicia. Así se rescata la imagen de la justicia.

Los valientes que van a cambiar. Y, dicho lo que he dicho, me pregunto dónde están los valientes?. Esta no es una tarea para cobardes, ni para mediocres, sino para valientes, no me cabe la menor duda que aquí están los valientes, los asistentes a la conferencia o los lectores de este escrito, su presencia o la lectura es la prueba que aquí están decididas a ponerse de pie las personas que harán que la justicia sea majestuosa, que ella con nuestro esfuerzo alcanzará la cima y se convertirá en un símbolo admirado y respetado por los colombianos.

Los abogados, empleados, estudiantes, defensores, procuradores, fiscales, jueces y magistrados somos los valientes, nos comprometemos de ahora en adelante a no preguntar quién lo hará, diremos yo lo haré, yo seré:

Yo seré el más humano,

Yo seré honesto,

Yo seré humilde,

Yo seré imparcial,

Yo seré objetivo,

Yo daré a cada cual lo que le corresponda,

Yo seré persona digna para con mis semejantes,

Yo obrare y decidiré con base en la buena fe y lo probado en el expediente,

Yo seré comprensivo, prudente y sensato,

Yo perdonare a quien haya que perdonar y condenare al que sea responsable,

Yo me comprometo a que los colombianos tengan confianza, se sientan satisfechos y orgullosos de la justicia que se administra.

¿Es imposible cambiar?.

Es, acaso, imposible cambiar?.

Imposible es solamente lo que nunca intentamos, los invito a que desde ahora iniciemos el cambio para que la justicia sea digna.

Fijémonos metas. Nosotros tenemos que fijarnos metas, propósitos, ilusionarnos que sí podemos mejorar el servicio de justicia, que no es imposible cambiar.

La rana sorda. Tenemos que obrar como lo recomienda el profesor JORGE DUQUE LINARES, cuando alude a la parábola de la rana sorda:

Dos ranas jugando caen dentro de un balde que contiene leche. Comienza su lucha por salir, pasado un tiempo y dados los resultados negativos de su esfuerzo las demás desde afuera comenzaron a gritarles que no lucharan más; son incapaces de lograrlo les decían; no pierdan el tiempo; déjense morir.

Una de ellas al oír la arenga hizo caso, dejó de nadar y se ahogó, la otra entre más le gritaban las de afuera, más aceleraba el ritmo de sus brazos, con la velocidad la leche comenzó a batirse, a convertirse en mantequilla y con el ambiente a solidificarse, así la rana salió y salvo su vida. Inmediatamente le preguntaron cómo lo había logrado y ante la insistencia de la pregunta sin respuesta, descubrieron que la ranita que se había salvado era sorda.

No es imposible, sí podemos mejorar. Que nuestros sueños no se trunquen por no creer en nosotros, intentémoslo, hagamos un esfuerzo, comencemos, sí podemos ser la cara humana de la justicia, debemos comportarnos como la rana sorda.

De qué depende la imagen de la justicia.

La imagen de la justicia depende de la calidad, el servicio y la satisfacción.

La calidad de la justicia. La calidad de la justicia está relacionada con la capacitación e idoneidad profesional, con el propósito de acertar y hacer bien las cosas, hay que acatar las reglas de sensatez, pulcritud, razón y muchas veces acudir a la sabiduría, esa que el Rey Salomón utilizó para descubrir la verdad y decidir el juicio de la maternidad del hijo disputada por dos mujeres.

Las soluciones no siempre las encontramos en el texto de la ley, en el conocimiento, en los libros, en la jurisprudencia; son representativas y ayudan a construir la majestad humana de la justicia las reglas de comportamiento social y familiar, el sentido común, el consejo de nuestros padres y allegados, los valores, la malicia, la suspicacia que aprendemos con la vida y la sabiduría, todas estas reglas, sin sacrificar la verdad y las garantías, nos señalan el camino correcto a seguir, la conducta que debemos observar, recomiendan la decisión a tomar.

El servicio de justicia. El servicio debe mostrar las virtudes y la condición humana del servidor, quien debe estar acompañado de todas las cualidades a las que nos hemos referido, siendo necesario reiterar que esa persona tiene que ser un buen padre de familia, obrar con rigor pero también con amabilidad, respeto, con buenos modales, trato digno e igual.

La justicia como servicio es incompatible con la ley del menor esfuerzo, con las limitaciones que impone un horario de trabajo o hacer exclusivamente lo que por estadística se exige.

La cara humana de la justicia no puede sustentarse en la mentira, las pasiones, la ira, el amor, el odio o el miedo, la intolerancia, los excesos, la soberbia, el ocio o la codicia.

La satisfacción de la justicia. La satisfacción del usuario de la justicia hay que mantenerla como un proceso vivo, es constante, la descubrimos cuando los que trabajamos para ella ofrecemos una sonrisa contagiosa, la que brota

fruto de la satisfacción del deber cumplido, de la tranquilidad de conciencia, porque se hizo lo que se tenía que hacer y decidir en el caso concreto.

La satisfacción llega cuando se tiene la confianza que se decidirá con objetividad, imparcialidad y el ánimo de acertar, así el juicio contra la providencia judicial indique que se respeta por obedecer a tales méritos, pero que no se comparte por el interés particular u otros motivos que alimenta el pensamiento de quien critica.

Cuál debe ser la actitud del servidor de la justicia: respira, escucha, piensa, sienta e intenta, sea humano y justo en su obrar.

La actitud en todas las situaciones de la vida, para no arrepentirnos debe obedecer a la sugerencia de Shakespeare: Antes de discutir respira; antes de hablar escucha; antes de escribir piensa; antes de herir siente; antes de rendirte intenta; antes de morir VIVE”.

La prudencia hace sabios, no por correr, por pensar y decidir primero se tiene la razón, lo aconsejable es actuar de tal manera que nunca nos arrepintamos de lo que hicimos.

El compromiso de ser abogado.

Ser abogado, empleado, juez, fiscal, procurador o magistrado no es fácil, pero es la tarea más hermosa de la vida. Este es el compromiso, que magistralmente fue descrito por autor que no he podido identificar y cuyo pensamiento seguidamente transcribo:

“Es aquél hombre o mujer que no tiene horario de trabajo, es aquél que no tiene tiempo libre, que no tiene derecho a descansar..., que no celebra cumpleaños ni feriados, que no tiene veranos ni inviernos..., es como la bandera nacional, se lava con la lluvia y se seca con el sol..., es aquél que no atiende a su familia porque debe atender y solucionar los problemas de los demás, es aquél que duerme menos que cualquiera por atender un llamado en medio de la noche..., es aquél quien muestra la foto y dice orgullosamente éstos son mis hijos...”

Ese es el legado para los míos, ellos se sentirán orgullosos de mí y yo de ellos por obrar conforme a las enseñanzas dejadas.

La justicia penal es una oportunidad para lograr la paz y no un castigo.

Quien obra como un buen padre de familia enseña como se hace justicia, especialmente la justicia penal, la presenta como una oportunidad, la hace ver como una solución y un medio para lograr la paz, advierte que no es un instrumento para crear otro problema. La justicia penal es un espacio para corregir comportamientos, para rescatar y recuperar a quien se ha puesto al margen de la ley.

No podemos seguir mostrando a la justicia penal como un castigo, como algo perverso, como una venganza. Hasta ahora todos hemos inmortalizado ese concepto y, acaso, me pregunto, a eso llaman justicia?. Hasta las denominaciones son equivocadas, Código Penal, justicia penal, jueces penales, hay que hablar de un Código de Paz, de una justicia de paz y de unos jueces de paz. La justicia no es condenar, ni todos los problemas sociales se solucionan enviando a la cárcel a las personas, la misión no es imponer penas sino sancionar para resolver un problema personal del infractor y un asunto en el que tiene interés la víctima, la sociedad y el Estado, el fin esencial es rescatar al ser humano o por lo menos controlarlo con medidas que por su política y ejecución realmente resocialicen, eduquen, capaciten, disciplinen y restablezcan.

Una persona procesada y castigada con una pena y no con una sanción, así acepte su responsabilidad, será resignada y cumplirá la prisión en medio del resentimiento, se sentirá maltratado, destruido, humillado, aprenderá en la cárcel las mañas de la delincuencia y no admirará la justicia ni respetará a los servidores judiciales, no confiará en las instituciones del Estado, porque ellas en lugar de beneficios y oportunidades le generan daño irreparable a la persona juzgada y a su núcleo familiar.

El proceso y la sentencia deben hacer algo por el infractor de las reglas sociales, el juez con respeto y objetividad debe presentar su comportamiento para que lo acepte y lo interiorice, reflexione, hay que hacer visible sus debilidades y mostrar las fortalezas, las opciones y oportunidades que el Estado, la sociedad y la familia ofrecen, para que en lo sucesivo tome decisiones constructivas, se determine a obrar con amor por sí mismo y los demás, a construir sueños, planear su porvenir, añorar un futuro diferente, vivir feliz con los suyos, encontrar en la justicia una razón de ser, el motivo para olvidar el pasado y diseñar su futuro.

Un procesado, un preso, es una persona digna, un semejante, en esa condición se encuentra por el destino, por un error, por una circunstancia de la vida, en la que se puede encontrar cualquiera. Pero no todo en él es malo, a partir de sus valores se puede lograr la reflexión y aceptación de no reincidencia.

Si la razón de ser del proceso y de mi trabajo es la justicia, porque construirla a partir de actos que dejan una enseñanza y un registro negativo, como las providencias escritas con lenguaje y mensajes que destruyen en lugar de construir juicios conscientes, positivos y esperanzadores en el procesado, hagamos la justicia de tal forma que impere la dignidad, que el acto de justicia sea motivo de orgullo, por el respeto y el acierto en todo sentido y bajo ese supuesto todos sin excepción, aún los acusados, se conviertan en colaboradores de la justicia.

La justicia penal es motivo de orgullo cuando hacemos de ella un instrumento del Estado para resolver problemas, recomponer la vida del procesado, del condenado, corregir los errores cometidos, volverlo a que se sienta persona ética y respetada, que recupere la felicidad con los suyos, que obtenga el perdón de la sociedad y de las víctimas, a contar con una nueva oportunidad. Estos propósitos constituyen la misión humanista de quienes prestamos nuestros servicios en la justicia penal.

La invitación es a que seamos imparciales, obremos con rigor y como la ley lo exige, absolvamos a los inocentes y condenemos a los culpables, pero, hay que ir mucho más allá con los que resulten responsables, estamos en el deber de escribir dos párrafos más para mostrar que el proceso es la oportunidad para un corte de cuentas, a partir del cual regresará al seno de la sociedad un nuevo individuo, sí así se lo propone: Una persona recuperada, digna, de la que nos sentiremos orgullosos, porque cambiara para bien de él, de la familia y de todos.

¿Quién es el mejor servidor de la justicia?

La satisfacción la ofrece el mejor magistrado, juez, fiscal, procurador, defensor o empleado y, el mejor, es el que obra como un buen padre de familia.

Los buenos padres de familia son esos que un día tomaron la decisión de guiar a la familia, a los hijos, aceptaron enseñar a amar, ser responsables, disciplinados, respetuosos, no mentir y comportarse bien.

El buen padre de familia es ese viejo querido, sabio, que los hijos admiran, extrañan y lloran cuando se ha ido de este mundo y que hace falta por sus enseñanzas, orientaciones, consejos, opiniones y reproches, porque no hay otro como él, todos los días lo necesitamos más, orgullosamente es el mejor.

El buen padre de familia juzga a su hijo, lo escucha y decide con rigor y sabiduría. Con amabilidad, cortesía y respeto le hace saber que ha cometido una falta y que es responsable, además le aplica una sanción para construir y fortalecer valores, recuperarlo y habilitarlo, para que se levante y camine por el sendero del bien, lo acerca más al seno de la familia y de la sociedad, nunca para ultrajarlo, ni para destruirlo, jamás para alejarlo.

Los invito a todos los que participamos en la justicia a cumplir nuestros deberes como “mi querido viejo”, como un buen padre de familia.

Cómo se obtiene el reconocimiento, la admiración, el respeto, las distinciones y el aprecio.

El reconocimiento, la admiración y el respeto se gana por hacer las cosas bien, con el alma, con ganas, pasión y dedicación, para ser ejemplo, honrar la profesión y la justicia, para honrarme a mí mismo, a mis padres, esposa (o), hijos, familiares y amigos.

El mérito por la responsabilidad. El mérito en la justicia debe ser el fruto de la responsabilidad, la disciplina, el esfuerzo, el rendimiento, la puntualidad, el trabajo, la organización y el estudio.

Las distinciones por los valores. Las distinciones deben fundarse en las cualidades, los valores, las capacidades y no en los defectos o los excesos.

El aprecio por el coraje. La estima, el aprecio y la magnanimidad de la justicia no se apoyan en el miedo, la inseguridad, se sustentan en el coraje, la valentía, en la capacidad para resolver y no para crear problemas.

El derecho a la infidelidad.

El aprecio y el respeto son propios de la imparcialidad, del obrar con criterio y conforme a valores y principios. Estos supuestos otorgan al elegido el derecho a ser infiel para con su elector, después del nombramiento no se debe obediencia, sumisión, el designado no hipoteca por agradecimiento la autonomía e independencia que debe observar en el ejercicio de la función cuando obra como juez, magistrado, fiscal, procurador, defensor o empleado.

No es digno del justo obrar como esclavo del dominio del elector. Hay que luchar por la individualidad, el respeto, la innovación, la crítica, la independencia, los valores, todos tienen ingenio, dones, fortalezas, tengo fe en las personas que administran justicia y en los que participan en ella, olvídenos el pasado y hagamos realidad el sueño de la justicia que añoramos.

Obrar sin terquedad.

Quien no cree en sí mismo no genera confianza en la justicia, hay que obrar con base en nuestras convicciones, sin caer en la terquedad, que no nos

apliquen la ley del terco, a quien hay que darle la razón para que después se convenza que no la tiene.

La fama del excelente.

En la justicia es muy importante la fama y la excelencia: crea fama y échate a la cama. Con la reputación construida cada cual labra su futuro, su imagen.

El excelente es el que está en permanente crecimiento, es constructor de fórmulas positivas, no necesariamente hace lo mismo, siempre busca el éxito, la justicia.

Los excelentes no tienen que pedir, a ellos les ofrecen, los buscan, los tienen en cuenta, les sobran las oportunidades.

La ley del menor esfuerzo.

Las personas que administran justicia no deben asumir actitud de víctimas, el esfuerzo debe ser el máximo, no hay que acudir a los atajos ni a las excusas para dejar de hacer.

Los momentos y los sucesos deben afrontarse con compromiso, con responsabilidad, sin resistencia, las respuestas tienen que ser creativas, transformadoras de algo mejor.

La persona ética en la administración de justicia es propositiva, da más de lo que espera, se atreve, tiene liderazgo, donde esté encuentra opciones, un cómo, una luz, asume que es su compromiso, su deber.

Las derrotas y las dificultades.

Para una persona responsable de administrar justicia las dificultades son el punto de partida para la superación, nunca pierde la paciencia ni la esperanza.

No existen las derrotas, se debe intentar nuevamente. Shakespeare decía “Hay que ser fuertes y levantarse de los tropiezos que nos pone la vida, para

avisarnos que después de un túnel oscuro y lleno de soledad, vienen cosas muy buenas”.

Hay que sobreponerse a las dificultades y cambiar lo que se debe modificar, no hay que tomar los atajos, no al camino fácil, los obstáculos hay que enfrentarlos, tomarlos como un reto para que la vida sea interesante, tenga sabor y aroma.

Las equivocaciones acercan a la verdad, a las metas, por eso hay que ser rebelde, perseguir los sueños, ellos nos esperan, no hay que rendirse jamás, el error hay que identificarlo y si es necesario pedir ayuda para superarlo.

Nos equivocamos, lo imperdonable es recaer en el error, no corregirlo. Einstein recomienda que “nunca dejemos de buscar la salida ni de luchar hasta el último momento. En momentos de crisis, solo la imaginación es más importante que el conocimiento”.

El tiempo y el pasado.

El tiempo y el pasado no pueden envejecer a la justicia y a sus servidores, solo los madura y les hace adquirir experiencia.

No se vive el pasado, solamente se recuerda para rescatar lo positivo y no repetir las experiencias negativas.

Los límites y el cambio.

Los límites y los cambios están en nosotros, para nuestro caso, habría que señalar que las fronteras están en los que trabajamos para la justicia.

El valor de los demás.

Cada uno es lo cree ser, seamos nosotros mismos, sin engaños, un acierto es admitir que no lo sabemos todo, a la razón hay que cederle el paso, cualquiera sea el que la tenga.

La imparcialidad y la objetividad son los caminos de los administradores de justicia para descubrir la verdad y el valor inmenso de los demás.

Hay que dimensionar positivamente a la familia que participa en un proceso judicial para administrar justicia, hay que ser inteligentes para resolver los problemas con ellos, hay que aprender a perdonarlos, comprenderlos y con base en nuestras convicciones compartir criterios, hay que cambiar la forma como los percibimos y los ayudamos a corregir, estos cambios hacen personas. Manejemos la autoestima, resaltemos lo bueno, lo positivo, la crítica debe ser constructiva, recordemos los valores, las capacidades, el talento, explotemos las riquezas de quienes nos colaboran.

Pero los esfuerzos que hacemos con los trabajadores de la justicia debemos extenderlos para con quienes han infringido la ley penal, pues es un ser humano a quien debo tratar como mi semejante, para juzgarlo y recuperarlo, un buen padre de familia no renuncia a hacer lo imposible para que la oveja descarriada tome nuevamente el camino del bien.

El dinero y el poder: fuente de corrupción.

El dinero y el poder no son la fuente del éxito personal o profesional del abogado, quien así lo asume está llamado al fracaso, esa percepción es la cuota inicial para cambiar la libertad por la cárcel, la honestidad por la corrupción. En no pocas veces el dinero y el poder se convierten en desgracia, cuando no sabemos adquirirlos ni administrarlos.

La riqueza, la verdadera, está en la felicidad, en la satisfacción de hacer el bien, en el trabajo, en la familia, en los valores y en los dones que orientan nuestra obrar y decisiones.

La ley de la compensación de la vida nos regalara siempre lo que merecemos y necesitamos, no trabajemos por dinero, hagámoslo por servir, el triunfo está en las fortalezas no en las debilidades.

La riqueza está en todo aquello que no cambiaríamos por dinero. ¿Por cuánto cambiaríamos a los padres, hermanos, esposa, e hijos?. El que vende la justicia es un corrupto, no puede hacer parte de la familia de los abogados

y funcionarios que alimentamos nuestro ego en la honestidad, la pulcritud, en ser la cara humana de la justicia.

Hay que combatir la corrupción, no hay tregua en este propósito, hay que investigar, juzgar y condenar a quienes resulten responsables de esas conductas, es la única forma de hacerle el bien a quienes quedamos administrando justicia.

Hay sí que hacer caso omiso al rumor, el chisme, a la conjetura, es la certeza sustentada en una sentencia judicial y las pruebas las que deben fundar los juicios de inocencia o responsabilidad. Los fallos pueden no ser compartidos por la opinión pública pero deben respetarse, acatarse y cumplirse.

Esta referencia a un abogado formado por fuera de los cánones de la cara humana de la justicia, debe dejarnos una enseñanza: una pareja decidió divorciarse, la señora pregunta al marido quién va a quedarse con los dos niños, el esposo le responde quien se quede con el dinero. Al día siguiente vieron al abogado que los asesoró, y que estudio en una Universidad que no se ocupó de formarlo en valores, salir de la casa de los divorciados con una maleta y los dos niños de la mano.

El sabio. El sabio es sabio no por sus conocimientos, es sabio por sus valores, por sus virtudes, porque habla con la inteligencia, la razón y el corazón.

Un sabio en la justicia comprende y se preocupa porque detrás de un expediente existe una familia esperando una decisión, que la cara humana de la justicia no permita que nadie tenga que sufrir por culpa de una conducta indebida de un magistrado, un juez, un fiscal, un procurador, un defensor o un empleado.

Los problemas personales y la sonrisa de Garrick.

No debemos hacer víctimas a los demás de nuestros problemas, los servidores de la justicia debemos ser como el payaso Garrick de Juan de

Dios Peza, quien a pesar de llorar internamente sonreía para hacer feliz a los demás.

Las situaciones personales no deben incidir en la justicia que administramos, la alegría debe ser la compañera permanente en el cumplimiento de nuestros deberes, el carisma a proyectar debe ser la consideración, la serenidad y el entusiasmo por facilitar y no obstaculizar la resolución de los problemas.

La inteligencia y la violencia.

La inteligencia es incompatible con la violencia, nunca debemos acudir a la agresividad, a la gritería, al atropello, al insulto.

Tampoco se debe obrar con maldad, crueldad, orgullo, antipatía, indiferencia o arrogancia.

La razón no la otorga el ejercicio de la fuerza bruta sino la fortaleza y solidez de los argumentos.

Shakespeare, aconseja: “No permitas que nadie te insulte, te humille o te baje la autoestima. Los gritos son el alma de los cobardes, de los que no tienen razón”.

La siembra y la compensación.

Lo que se siembra se recoge: Recibiremos en proporción a lo que hagamos y solo una personalidad humanista hace a los funcionarios, a las partes e intervinientes en un proceso penal, dignos de respeto y admiración.

Hay que cultivar sin esperar saborear los frutos, sin que nos den nada a cambio, prestemos el servicio de la justicia solamente por la satisfacción de hacer lo que era nuestro deber y dar lo que correspondía.

Recordemos, nunca lo olvidemos, la gloria no se alcanza superando a los demás sino así mismo.

Cuál es el valor de una persona digna.

Cuánto valemos como personas, es un interrogante que debemos resolver con el matemático Al-Khwarizmi, quien señaló que la persona ética, digna, humanista, tiene un valor igual al número uno (1). Su valor se incrementa en proporción a sus capacidades, por tanto se agregará un cero (0) por ser abogado, otros por ser especialista, maestro o doctor, escritor, y muchos más por ser juez, magistrado, investigador, fiscal, procurador, defensor o empleado.

Pero, agrega el maestro, el resultado del enunciado depende de si se mantiene o no el valor número uno.

Si el servidor de la justicia abandona la condición de ser un humano, una persona ética, justa, objetiva, sencilla, humilde, imparcial, honesta y comprensiva, pierde el valor equivalente al número uno (1), conservará únicamente los ceros, sus títulos y pergaminos, perderá lo único que le daba valor: la condición de persona digna. Cuánto queda valiendo una persona que pierde el valor equivalente al número uno?.

Entonces, ¿cuál es el valor de la justicia encarnada por quien la administra si el magistrado, el juez, el fiscal, el procurador, el defensor o el empleado no es persona ética?

La espiritualidad debe estar presente en todo momento en quienes servimos a la justicia.

Por el bien de la justicia, para lograr ser la cara humana de la justicia, es el momento de invitar a los administradores de justicia y a quienes a ello ayudan en sus diferentes roles en el proceso penal a que con espíritu sosegado nos dispongamos a orar y obrar en lo sucesivo de la manera como lo sugirió MAHATMA GANDHI, al reflexionar así:

Señor: Ayúdame a decir la verdad delante de los fuertes y a no decir mentiras para ganarme el aplauso de los débiles.

Señor: Si me das fortuna, no me quites la razón.

Señor: Si me das éxito, no me quites la humildad.

Señor: Si me das humildad, no me quites la dignidad.

Señor: Ayúdame siempre a ver la otra cara de la medalla.

Señor: No me dejes inculpar de traición a los demás por no pensar igual que yo.

Señor: Enséñame a querer a la gente como a mí mismo y a juzgarme como a los demás.

Señor: No me dejes caer en el orgullo si triunfo, ni en la desesperación si fracaso.

Señor: Más bien recuérdame que el fracaso es la experiencia que precede al triunfo.

Señor: Enséñame a que perdonar es un signo de grandeza y que la venganza es una señal de bajeza.

Señor: Si me quitas el éxito, déjame fuerzas para aprender del fracaso.

Señor: Si yo ofendiera a la gente, dame el valor para disculparme.

Señor: Y si la gente me ofende, dame valor para perdonar.

Señor,.... Si yo me olvido de ti, nunca te olvides de mi.

Dar lo mejor de nosotros.

A los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, los invito a que siempre quede la satisfacción, que dimos lo mejor de nosotros.

No hagamos de la justicia una institución frágil, fortalezcámosla, administrándola con cara humana, enfrentando con rigor y valentía la violencia, el delito, la deshonestidad, las malas costumbres y el trato indebido.

La recompensa.

El único premio que debemos aspirar y esperar es la satisfacción del deber cumplido y el abrazo de los nuestros.

Qué historia queremos escribir.

Una biografía para los conocidos, los amigos y la familia que les recuerde que tuvimos poder, fama y dinero, que nos caracterizamos por ser un profesional más, por dar trato indebido a las personas, por no haber combatido la corrupción y administrado justicia como ha debido ser. O queremos escribir una historia con una imagen que nos persiga toda la vida y aún más allá de nuestra existencia, por lo positivo que construimos, por lo que dimos, por el significado de lo que hicimos, por las enseñanzas que dejamos, el coraje y el sacrificio en la tarea que nos correspondió cumplir.

Nuestra historia será valiosa y motivo de orgullo por los aciertos, pero también por los errores cometidos y las dificultades que con valor supimos superar, por lo que los demás nos van a recordar, por ser ejemplo para otros, porque se sentirá nuestra partida cuando ya no estemos en el trabajo o en este terruño que Dios nos ha prestado para que lo disfrutemos.

Que nos recuerden como a “mi querido viejo”, por haber sido extraordinarios sin ser perfectos.

Para la justicia somos el gorrión del bosque.

Cuenta el maestro CARLOS KASUGA que ante el incendio del bosque todos sus habitantes huyeron y un gorrión iba hasta el río, mojaba sus alas y regresaba a derramar un gota de agua para apagar el incendio, el elefante al observarlo lo invitó a huir porque iba a morir, pero el gorrión respondió que no le importaba, que el bosque le había dado todo, amigos, familia, felicidad, comida, que trataría de salvar el bosque. Los dioses dejaron caer lluvia que apagó el incendio, el bosque reverdeció y todos fueron más felices que antes.

Con el maestro Carlos Kasuga, comparo el bosque con la justicia, está consumiéndola un incendio, por eso les suplico, les imploro, les ruego que “por favor, por favor, por favor” sean como el gorrión del bosque, todos los días dejen caer una gota de agua, de sudor, de pulcritud, de dignidad, de

integridad, de honestidad, en los expedientes, en las decisiones, en el trabajo, para que florezca la ética y el humanismo en la justicia para rescatar su majestad.

Los invito en adelante a hacer la justicia con el alma, el corazón, la razón y con valores éticos.

Hagamos la justicia con la risa del payaso Garrick, la fórmula del matemático Al-khawarizmi , el pensamiento de Mahatma Gandhi y el alma del gorrión de Carlos Kasuga.

Dios nos bendecirá.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Corte Suprema de Justicia.
Presidente Sala de Casación Penal.

ÍNDICE GENERAL

	Extractos
TOMO I	1 al 106
TOMO II	107 al 227
TOMO III	228 al 300
TOMO IV	301 al 407

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	3
PRESENTACIÓN.....	5
ÍNDICE GENERAL.....	33

CAPÍTULO I

FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN

1. Generalidades	40
1.1 La formulación de acusación como acto fundamental del proceso que delimita el desarrollo del juicio	40
1.2 La formulación de acusación como acto complejo	41
1.3 El principio de congruencia opera en el aspecto fáctico entre la formulación de imputación y la formulación de la acusación	43
2. Escrito de acusación	46
2.1 El escrito de acusación se introduce cuando hay <i>probabilidad de verdad</i> de que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe – recomendación de que las partes e intervinientes tengan acceso al escrito de acusación previo a la convocatoria de la audiencia–.....	46
2.2 Requisitos del escrito de acusación.....	48
2.2.1 Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes	48

2.3	El escrito de acusación es un acto de parte no susceptible de ser declarado nulo, pero respecto del cual la contraparte y demás intervinientes pueden hacer observaciones tendientes a que se aclare, adicione o corrija.....	53
2.4	Procedencia del retiro del escrito de acusación antes de que se haga la respectiva formulación en audiencia.....	56
2.5	Momento en que se entiende que ha sido radicado el escrito de acusación	57
2.6	La adición al escrito de acusación excluyendo un delito no es la vía para culminar la acción penal respecto del cual se formuló imputación	58
2.7	Descubrimiento probatorio	59
2.7.1	El descubrimiento probatorio como expresión del debido proceso y el derecho a la defensa	59
2.7.2	Principios con que se relaciona el descubrimiento probatorio	61
2.7.3	Momentos procesales para realizar el descubrimiento probatorio	63
2.7.3.1	Oportunidad procesal para que la víctima realice el descubrimiento probatorio.....	66
2.7.4	Efectos del incumplimiento de realizar el descubrimiento probatorio en el plazo máximo de 3 días	67
2.7.5	Efectos de la omisión de realizar el descubrimiento probatorio	68
2.7.6	Restricciones al descubrimiento probatorio	69
2.7.6.1	No se requiere el descubrimiento del programa metodológico.....	69
2.7.6.2	La orden del fiscal a policía judicial para interceptar comunicaciones integra la actividad preparatoria del caso mas no es elemento material probatorio o evidencia física, por lo que no se requiere su descubrimiento probatorio.....	71
2.7.7	El descubrimiento probatorio cuando se trata de prueba de referencia	72
3.	Audiencia de formulación de acusación	74
3.1	Reconocimiento de la calidad de víctima: de existir un número plural de víctimas el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral – <i>no acatar esta disposición no implica automáticamente la invalidez de lo actuado</i> –.....	74
4.	Control de la acusación por parte del juez de conocimiento.....	77

CAPÍTULO II

ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO A CARGOS

—UNILATERAL O DERIVADA DE UN PREACUERDO—

1. Consideraciones comunes	85
1.1 El derecho a un debido proceso en los procesos abreviados	85
1.2 El allanamiento a los cargos es diferente a los preacuerdos y se equipara a la figura de la sentencia anticipada establecida en la Ley 600 de 2000, por lo que es aplicable el principio de favorabilidad respecto a esta última.....	86
1.3 Aceptación o allanamiento a cargos, unilateral o derivada de un preacuerdo, debe corresponder a un acto libre voluntario e informado, para lo cual el juez debe interrogar al imputado.....	92
1.4 La aceptación o allanamiento a cargos comporta que lo actuado hasta ese momento sea suficiente como acusación: el acta de allanamiento o preacuerdo se presentará en lugar del escrito de acusación.....	93
1.5 Principio de congruencia cuando se trata del procedimiento abreviado: excluido el desconocimiento o quebranto de garantías fundamentales, el juez debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral o la que señala los términos del acuerdo.....	95
1.6 Principio de no retractación.....	97
1.6.1 El implicado puede manifestar que ya no acepta los cargos siempre y cuando lo fundamente en que la aceptación previa no obedeció a un acto voluntario, libre o espontáneo o que fue producto de la violación de garantías fundamentales, no puede ser una afirmación pura y simple	97
1.7 Interés para recurrir la sentencia proferida después de la aceptación unilateral o bilateral de los cargos	104

1.7.1 Limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía –principio de irrevocabilidad–.....	104
1.7.2 El procesado tiene facultad para discutir en apelación y casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma, aspecto éste último que le está vedado controvertir cuando preacuerda los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y cuando el Juez los haya respetado	109
1.8 Participación del Ministerio Público en los allanamientos y preacuerdos – interés para recurrir–	111
1.9 Participación de la víctima en los allanamientos y preacuerdos	114
1.10 Procedencia de la aceptación parcial de cargos –derivada de un allanamiento o preacuerdo–.....	117
1.11 Viabilidad de aprobar parcialmente los preacuerdos o allanamientos ..	118
1.12 Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no procederá ninguna rebaja por allanamiento o preacuerdo	121
1.13 Impedimento del juez que se pronunció previamente respecto al allanamiento a cargos, preacuerdo de culpabilidad o preclusión de la investigación – <i>primera o segunda instancia</i> –.....	127
1.14 Trascendencia del preacuerdo o allanamiento a cargos para la contabilización de los términos procesales	133
1.15 El instituto del cambio de radicación aplica también a los casos en que hubo aceptación de cargos –unilateral o derivada de un preacuerdo–	134
2. Aceptación o allanamiento unilateral a los cargos.....	136
2.1 Concepto	136
2.2 Rebaja de la pena	136
2.2.1 Debe aplicarse a todas las sanciones penales	148
2.2.2 Rebaja por aceptación de cargos cuando el implicado ha sido capturado en flagrancia.....	149
2.3 El allanamiento a cargos cuando el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del delito no está condicionado a que se reintegre	

el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento y a asegurar el recaudo del remanente, como ocurre en el preacuerdo	155
2.4 Oportunidad procesal para discutir la competencia en el proceso en que hay allanamiento a cargos	157

3. Aceptación o allanamiento derivado de un preacuerdo de culpabilidad 159

3.1 Finalidades de las negociaciones y acuerdos entre la Fiscalía e imputado o procesado	159
3.1.1 El preacuerdo debería expresar de manera precisa sus finalidades, que además deben verse reflejadas en sus términos, alcance y efectos	160
3.2 Preacuerdos y negociaciones deben regirse por los principio de lealtad y buena fe.....	161
3.3 Aspectos que son susceptibles de ser preacordados –objeto del convenio–.	162
3.3.1 Consideraciones respecto al convenio celebrado para contar con permiso de trabajo	165
3.4 Modalidades de preacuerdo: la que modula el delito imputado o por el cual se acusa y la que ofrece al inculpatado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada (consideraciones cuando la persona ha sido capturada en flagrancia –art. 301-§–).....	169
3.5 Para la celebración de un acuerdo entre la fiscalía y el imputado se necesita un mínimo de acervo probatorio que demuestre la responsabilidad del procesado	172
3.6 Control material de la acusación y de los acuerdos	174
3.7 Facultad de la Fiscalía para retirar el preacuerdo	181
3.8 Incidencia de los preacuerdos en la dosificación punitiva.....	183
3.8.1 Aplicación del sistema de cuartos cuando no se haya preacordado el monto de la sanción penal	186
3.8.2 La pena sustitutiva se determina con base en la conducta preacordada.	188
3.9 No se podrá celebrar preacuerdo cuando el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial hasta tanto reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente.	192

3.9.1 Como requisito de procedibilidad de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado – <i>diferencias con la reparación integral</i> –	192
3.9.2 El condicionamiento de reintegrar el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento y asegurar el recaudo del remanente –art. 349 C.P.– no se limita a los delitos que en su descripción típica integran la consecución o intención de obtener un beneficio patrimonial	195
3.9.3 Cuando la estructura típica del delito implica la obtención de un provecho económico para el agente, la sola ejecución de la conducta ubica el suceso en el ámbito material regulado por el art. 349 del C.P.P.	197
3.10 Posibilidad de que la Fiscalía pueda modificar en el preacuerdo la calificación jurídica de la conducta como consecuencia de la valoración correcta del caso particular, que es diferente a hacerlo como parte de las concesiones hechas al imputado o acusado en el marco de la negociación	201
3.11 Impugnación de la decisión que aprueba, imprueba o declara la nulidad, total o parcial de un preacuerdo.....	204
3.12 Los preacuerdos y negociaciones como manifestación de la política criminal	206
3.13 Fuerza vinculante de los preacuerdos: evolución histórica en el derecho comparado	209
4. Posiciones minoritarias actuales de la sala de casación penal respecto de preacuerdos y negociaciones	213
4.1 Dra. Patricia Salazar Cuellar	213
4.2 Dr. Eugenio Fernández Carlier	226

ANEXO I

256

CAPÍTULO I

FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN

1. GENERALIDADES

1.1 La formulación de acusación como acto fundamental del proceso que delimita el desarrollo del juicio

Extracto n. ° 228.

Número de radicado	:	34022
Fecha	:	08/06/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] el acto de formulación de acusación, en estricto sentido, es el paso subsiguiente, previo y necesario para dar inicio al juzgamiento del imputado en un debate oral, público, contradictorio, concentrado y con intermediación de las pruebas que sustentan, de una parte, los hechos jurídicamente relevantes cuya ejecución (por acción u omisión) la Fiscalía atribuye al sujeto pasivo de la acción penal, y por otra, cuando sea del caso, aquéllas en las que encuentra respaldo la oposición o réplica del procesado a los hechos atribuidos en los que se predica su responsabilidad.

Con el fin de asegurar que esa etapa se adelante con sujeción a esa dinámica, con total respeto de las garantías fundamentales del procesado y en general del debido proceso, la respectiva legislación le impone a la Fiscalía General de la Nación las siguientes obligaciones al presentar por escrito la acusación: *i)* individualizar en forma concreta y completa al acusado, con indicación del nombre y demás datos que sirvan para identificarlo; *ii)* consignar una relación clara y sucinta, en lenguaje comprensible, de los *hechos jurídicamente relevantes*; *iii)* señalar el nombre y lugar de citación del abogado, contractual o provisto por el Estado, que representa técnicamente al procesado; y *iv)* indicar las pruebas que pretende hacer valer en el juicio para acreditar los extremos personal, fáctico y jurídico de la acusación. Tales requisitos para surtir efectos sustanciales vinculantes deben formalizarse en audiencia pública ante el juez de

conocimiento, en presencia del acusado, si éste no renuncia ello, y de su defensor cuya asistencia es obligatoria (Ley 906 de 2004, artículos: 8, 336, numerales 1, 2, 3 y 5, y artículo 339).

[...]

La formulación de acusación propiamente dicha, esto es, aquella actuación posterior a la imputación, sin que haya mediado allanamiento, preacuerdo o negociación de responsabilidad, es por excelencia en la sistemática procesal penal de la Ley 906 de 2004 (como igual ocurría en las legislaciones procesales anteriores) el acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 8, 336-1, 336-2, 336-3, 336-5 y 339

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685.

1.2 La formulación de acusación como acto complejo

Extracto n. ° 229.

Número de radicado	:	43837
Número de providencia	:	SP6808-2016
Fecha	:	25/05/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas».

SALVAMENTO DE VOTO DR. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

«El entendimiento de las alegaciones del fiscal como un acto de postulación, cercera el acto complejo de la acusación, del que las excluye la decisión mayoritaria de la Sala, no obstante que el artículo 443 del C de P.P., las tiene como parte de la acusación.

Un entendimiento sistematizado de las disposiciones que integran la Ley 906 de 2004, permite señalar que la acusación comienza con la presentación del escrito de acusación, continua con la formulación de acusación y va hasta la presentación de la teoría del caso en el juicio oral y culmina con las alegaciones, donde se concretan las peticiones del fiscal luego de conocer los resultados probatorios.

No sobra repetir que en las alegaciones no se pierde la titularidad de la acción penal, por el contrario, se ejerce y es la oportunidad en la que se concreta de manera definitiva, por eso no pueden ser consideradas como un mero alegato. Y, como esa calidad no la ostentan la defensa y los intervinientes, las alegaciones de éstos son meros actos de postulación.

Los cargos en el escrito de acusación y en la acusación son provisionales, de la misma naturaleza lo son los presentados en la teoría del caso al inicio del juicio oral.

Los hechos jurídicamente relevantes que se presentan inicialmente pueden variar con el recaudo probatorio y la única oportunidad de complementar la acusación es en la alegación final, de ahí la imposición legal de formular de manera circunstanciada la conducta (artículo 443 de la ley 906 de 2004).

Los cargos formulados como acusación por el Fiscal son definitivos y concretados con base en la prueba practicada en su alegación final. Si la propuesta del Fiscal en este momento no constituyera una expresión de la acusación, el juez estaría facultado para modificarlos a su antojo, libertinaje que el sistema de la Ley 906 de 2004 no acepta.

Las alegaciones no constituyen un mero alegato de parte sino el ejercicio de la titularidad de la acción penal, porque al Fiscal fue al único que se le impuso el deber de concretar el soporte y la imputación jurídica en los alegatos.

En apoyo de las anteriores afirmaciones debe traerse a colación lo expresado en el artículo 443 del C de P.P., en el que se le impone al Fiscal en las alegaciones el deber de tipificar “de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación” y ofrecer los “argumentos probatorios correspondientes”. Es después de cumplirse este cometido que el Fiscal

puede pedir condena o absolución, labor que implica la concreción definitiva de los cargos y la fijación de los supuestos correspondientes.

Es la propia ley la que de manera expresa incluye como acto de acusación las alegaciones del Fiscal, así lo dispone en el primer inciso del artículo 443 de la Ley 906 de 2004 al regular los alegatos de las partes, pues al referirse concretamente a las del Fiscal le ordena argumentar y tipificar circunstanciadamente la conducta por la que “ha presentado la acusación”, esta última expresión no está vinculada con la actuación regulada en los artículos 336 a 339 del C de P.P., sino a la labor cumplida por el Fiscal en las alegaciones, dado que la concreción fáctica y jurídica que debe hacer tiene que ser consecuencia de los resultados probatorios obtenidos en el juicio oral.

No solamente fue la Fiscalía la que en la motivación del proyecto de Código de Procedimiento Penal la que asumió las alegaciones del Fiscal como parte de la acusación, también lo hace la Ley 906 de 2004 (artículo 443) y así lo ratifica la jurisprudencia de esta Sala en las decisiones anteriores a la que ahora salvo el voto».

1.3 El principio de congruencia opera en el aspecto fáctico entre la formulación de imputación y la formulación de la acusación

Extracto n. ° 230.

Número de radicado	:	37990
Número de providencia	:	AP4962-2014
Fecha	:	27/08/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La insubstancialidad e intrascendencia del ataque deriva del hecho de que el trámite que se cuestiona, como lo destacó con acierto el tribunal, resultaba innecesario, si se tiene en cuenta que la variación propuesta por el ente acusador comprometía solo el nomen iuris de la conducta imputada, no el aspecto fáctico, y que frente a esta pretensión bastaba, para garantizar el principio de congruencia, introducir la modificación directamente en la audiencia de acusación, como lo propuso inicialmente la fiscalía.

Múltiples han sido los pronunciamientos de la Sala en los que al analizar la vigencia del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la acusación, ha sostenido que la imputación se erige en una condicionante

fáctica de la acusación, y por ende, que entre estos dos actos debe existir una adecuada relación de correspondencia en este concreto aspecto, exigencia que no se extiende al aspecto jurídico, que solo es exigible entre la acusación y la sentencia (CSJ, SP, 28 de noviembre de 2007, radicado 27518; CSJ, SP, 30 de octubre de 2008, radicado 29872; CSJ, AP, 5 de septiembre de 2012, radicado 39799; CSJ, AP, 3 de julio de 2013, radicado 36467; entre otras).

En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 448 de la Ley 906 de 2004 (Sentencia C-025 de 2010), decisión en la que avaló la conformidad de su contenido con el ordenamiento superior, en el entendido que el mismo, interpretado al compás de los artículos 29 y 31 de la Carta, y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exigía también que entre el acto de imputación de cargos y el de formulación de acusación existiera identidad fáctica.

Sintetizando, se tiene entonces que la doctrina de la Sala y de la Corte Constitucional en este punto, es que el principio de congruencia opera también entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, pero solo en su aspecto fáctico, no en el jurídico, y que si el fiscal, por tanto, pretende variar dicho referente, debe necesariamente replantear la imputación ante un juez de control de garantías, con el fin de garantizar la vigencia del referido principio.

De igual manera, que si lo pretendido es modificar solo la denominación jurídica, no es necesario cumplir dicho procedimiento, porque el acto de imputación no se erige en marco jurídico de la acusación, siendo suficiente, por tanto, para el aseguramiento del principio de congruencia, introducir los cambios correspondientes en la acusación, para que sirvan de marco y límite de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 29 y 31
Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 8
Ley 906 de 2004, art. 448

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 27518; CSJ SP, 08 oct. 2008, rad. 29338; CSJ SP, 30 oct. 2008, rad. 29872; CSJ SP, 04 feb. 2009, rad. 30043; CSJ AP, 21 abr. 2010, rad. 33160; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 32978; CSJ AP, 05 sep. 2012, rad. 39799; CSJ AP,

03 jul. 2013, rad. 36467; CSJ SP6701-2014, CSJ AP4284-2014, CSJ SP5543-2015, CSJ SP17044-2015, CSJ SP16189-2015, y CSJ AP299-2016.

2. ESCRITO DE ACUSACIÓN

2.1 El escrito de acusación se introduce cuando hay *probabilidad de verdad* de que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe –recomendación de que las partes e intervinientes tengan acceso al escrito de acusación previo a la convocatoria de la audiencia–.

Extracto n. ° 231.

Número de radicado	:	39894
Número de providencia	:	SP1392-2015
Fecha	:	11/02/2015
Tipo de providencia	:	CASACIÓN
Clase de actuación	:	SENTENCIA

«[...] la acusación constituye la pieza procesal que sirve de marco de delimitación al juicio, al tiempo que se erige en garantía del derecho a la defensa, como quiera que en ella se establecen los sujetos, hechos jurídicamente relevantes, sus circunstancias y delitos que estructuran la teoría del caso que la fiscalía se compromete a demostrar en el juicio, y con base en este conocimiento la defensa planeará y trazará su línea defensiva, razón por la cual debe garantizársele que no se le sorprenderá con una sentencia que no guarde correspondencia con la acusación.

Consecuentemente, la acusación no puede ser realizada en cualquier momento ni de cualquier forma. El escrito acusatorio se introducirá cuando el fiscal considere, con base en la evidencia física y los elementos materiales probatorios recaudados, que puede afirmar con *probabilidad de verdad*¹, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe, respetando los términos legalmente estipulados para ello².

Este documento, que constituye un requisito previo a la formulación definitiva, comporta el carácter instrumental³ del derecho a ser informado de la acusación y consolida el derecho del acusado a conocerla previamente, contribuyendo a evitar acusaciones sorpresivas, al tiempo que permite

¹ Respecto de esta valoración la Sala ha sostenido que «*corresponde ser realizada por la Fiscalía, luego de un proceso de valoración de tales elementos de convicción, gracias al cual dicho sujeto procesal evalúa si se satisface la exigencia probatoria prevista por el mencionado precepto para convocar el juicio mediante la presentación del mencionado escrito.*». Cfr. CSJ., AP. de 18 de abril de 2012, Rad. 38521.

² Cfr. Ley 906 de 2004, art. 175.

³ Cfr. Jaen Vallejo, Manuel, *Derechos Fundamentales del proceso penal*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, pág.73.

proyectar el ejercicio del derecho a la defensa, pues teniendo en cuenta la vinculación de la sentencia a ella, la defensa trazará su estrategia jurídica, fáctica, probatoria y argumentativa, tendiente a derruir la teoría del caso de la Fiscalía, materializando la garantía de equilibrio entre las partes en el proceso penal.

Por ello, el libelo debe ser redactado de modo explícito, claro, preciso, detallado y circunstanciado⁴ para satisfacer, por un lado, su efectivo conocimiento por la defensa, evitando la indefensión y, por otro lado, la garantía de los derechos de la sociedad⁵ y de la víctima⁶ a la verdad, la justicia y la reparación, pues de no ser así, desaparecería la posibilidad de oponerse fundadamente a las pretensiones del órgano de persecución penal, ya que al estar facultadas para intervenir en la audiencia de formulación de la acusación, su previo conocimiento les permitirá participar activamente en orden a sanear el litigio en procura de que se produzca un fallo acorde con sus intereses.

En consecuencia, el **escrito de acusación** cumple relevantes funciones en el desarrollo procesal, así pues: (i) con base en él se define la competencia⁷; (ii) su radicación se encuentra sometida a plazo, con incidencia directa en la continuidad del proceso y la libertad del imputado privado de ella⁸; (iii) si la práctica de pruebas anticipadas se realiza con posterioridad a su presentación la ley exige que se informe de tal circunstancia al juez de conocimiento⁹; (iv) se constituye como acto procesal sobre el cual se estructura la audiencia de formulación de acusación, pues solo puede convocarse a ella dentro de los 3 días siguientes a su presentación¹⁰; (v) en materia de preacuerdos y negociaciones, la posibilidad de obtener la rebaja de hasta la mitad de la pena se encuentra limitada a que estos se realicen antes de la presentación del escrito de acusación¹¹ y, (vi) establece unas marcadas diferencias entre las causales por las cuales procede la preclusión del proceso y los sujetos que pueden invocarlas, como se desarrollará más adelante.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Colegiatura estima altamente recomendable que las partes e intervinientes procesales tengan acceso a las copias del escrito de acusación previamente a la convocatoria de la audiencia para su formulación, pues su estudio sosegado, sereno, reflexivo y juicioso les permitirá concurrir a ella preparadas, evitando improvisaciones y estimulando una participación más técnica y estratégica, al igual que le imprimirá celeridad

⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, págs.606 y 607.

⁵ Ley 906 de 2004, inc. 1º, art. 339.

⁶ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-209/07, de 21 de marzo.

⁷ Cfr. CSJ. AP. de 3 de julio de 2013, Rad. 41639, entre otras.

⁸ Cfr. Ley 906 de 2004, arts. 175, 294 y 317.4.

⁹ Cfr. Ley 906 de 2004, Parágrafo 1, art. 284.

¹⁰ Ley 906 de 2004, art. 338.

¹¹ Cfr. *Ídem*, art. 350.

al acto público de comunicación y depuración, lo cual contribuirá significativamente con la descongestión de los despachos judiciales.

Justamente, con el propósito de satisfacer el perfecto conocimiento de la acusación y afirmar los derechos que de ella se activan, el legislador reguló de manera estricta los aspectos que el escrito acusatorio debe contener¹² y permitió su control formal¹³, pues como se ha sostenido, al constituir el límite al poder punitivo del Estado y por tanto el marco jurídico y supuesto básico de la sentencia, debe ofrecer el conocimiento exacto de los extremos que se debatirán en el juicio. Por este motivo, en reiteradas oportunidades la Sala¹⁴ ha llamado la atención a la Fiscalía para que la decisión de acusar obedezca a los más estrictos postulados de responsabilidad en la investigación que se adelantó y lideró, de forma tal que el escrito sea el reflejo de los resultados de la actividad probatoria desarrollada y por tanto entrañe el pleno convencimiento de la teoría del caso que se defenderá en el juicio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 175, 294, 317-4, 337, 338, 339 y 350

2.2 Requisitos del escrito de acusación

2.2.1 Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes

Extracto n. ° 232.

Número de radicado	:	44599
Número de providencia	:	SP3168-2017
Fecha	:	08/03/2017
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El concepto de hecho jurídicamente relevante

Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos

¹² Ley 906 de 2004, art. 337.

¹³ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-209/07, cit.

¹⁴ Cfr. CSJ. SP. AP. 40365, de noviembre 20 de 2013, entre otras.

escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.

[...]

[...] el artículo 337 precisa que la acusación es procedente *“cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**”*.

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Así, por ejemplo, si se avizora una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, se debe consultar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, en orden a poder diferenciarla de la complicidad, del favorecimiento, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. [...]

[...]

Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros.

También suele suceder que en el acápite de *“hechos jurídicamente relevantes”* sólo se relacionen *“hechos indicadores”*, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba.

Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante.

Así, por ejemplo, en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, uno de los hechos jurídicamente relevantes puede consistir en que el acusado fue quien le disparó a la víctima.

Es posible que en la estructuración de la hipótesis, la Fiscalía infiera ese hecho de datos o hechos indicadores como los siguientes: (i) el procesado salió corriendo del lugar de los hechos segundos después de producidos los disparos letales; (ii) había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior; (iii) dos días después del homicidio le fue hallada en su poder el arma con que se produjo la muerte; etcétera.

Hipotéticamente, los datos o hechos indicadores podrían probarse de la siguiente manera: (i) María lo observó cuando salió corriendo del lugar de los hechos luego de ocurridos los disparos; (ii) Pedro fue testigo del enfrentamiento físico que tuvieron el procesado y la víctima; (iii) al policía judicial le consta que dos días después de ocurrido el homicidio, al procesado le fue hallada un arma de fuego; (iv) un perito en balística dictaminó que el arma de fuego incautada fue la utilizada para producir los disparos letales; etcétera¹⁵.

Al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe especificar los hechos jurídicamente relevantes (en este caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a la víctima). Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es inadecuada.

Es como si la Fiscalía le dijera al procesado: *“lo acuso de que salió corriendo del lugar de los hechos, tuvo un enfrentamiento físico con la víctima en tal fecha, y le fue incautada el arma utilizada para causarle la muerte”*.

Sí, como suele suceder, en la imputación y/o la acusación la Fiscalía se limita a exponer los medios de prueba del hecho jurídicamente relevante, o los medios de prueba de los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, equivale a que hiciera el siguiente planteamiento: *“lo acuso de que M asegura haberlo visto salir corriendo del lugar de los hechos, y de que un policía judicial dice que le encontró un arma, etcétera”*.

Lo anterior no implica que los datos o *“hechos indicadores”* carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las

¹⁵ En idéntico sentido, Módulo de Evaluación del Caso. Reglas básicas para el manejo estratégico de Casos Penales. Fiscalía General de la Nación (documento preliminar de trabajo).

circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera.

Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sean irrelevantes. Lo que resulta inadmisibile es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis. [...]

[...]

En la estructura del nuevo ordenamiento procesal penal, la relación, directa o indirecta, de las pruebas con los hechos jurídicamente relevantes (pertinencia), debe explicarse en la audiencia preparatoria.

La verificación del respaldo que los medios de prueba le den a los hechos jurídicamente es una labor que el fiscal debe realizar para decidir si están reunidos los requisitos legales para formular imputación y/o acusación. [...]

Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia.

Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera).

[...]

En la práctica, no es extraño que en las acusaciones no se relacionen las circunstancias de tiempo y lugar u otros aspectos relevantes para el análisis de la responsabilidad penal. Incluso, sucede que no se indique cuál es la

conducta que se le atribuye al procesado, tal y como ocurrió en el presente caso, y en los eventos de pluralidad de sujetos activos no se precise la base fáctica de la responsabilidad de cada uno de ellos.

Las anteriores constataciones, aunadas a la verificación del cumplimiento de los estándares de conocimiento previstos para formular imputación y acusación, respectivamente, son presupuestos de la proporcionalidad y razonabilidad del ejercicio de la acción penal, que se verían seriamente comprometidos si al ciudadano se le imponen las cargas inherentes a dichas sindicaciones sin que primero se verifique que los hechos investigados encajan en la descripción normativa y que encuentran suficiente demostración en las evidencias y demás información recopilada hasta ese momento.

Para confirmar si la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes tiene el respaldo atrás indicado, el fiscal debe analizar si las evidencias tienen una relación directa con el hecho (por ejemplo, la testigo que asegura haber visto al indiciado disparar), o si dicha relación es indirecta en cuanto demuestra un dato o hecho indicador a partir del cual -sólo o aunado a otros- puede inferirse el hecho jurídicamente relevante (verbigracia, la testigo asegura que vio al indicado salir corriendo del lugar donde recién se le había causado la muerte a la víctima).

Si este proceso se realiza correctamente, es de esperar que el fiscal: (i) en la imputación y/o en la acusación, exprese de manera sucinta y clara la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (ii) en la audiencia preparatoria no tenga dificultades para explicar la pertinencia de las pruebas que pretende hacer valer en el juicio (AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (iii) pueda expresar con la misma claridad su teoría del caso; (iv) cumpla su labor frente a la correcta delimitación del tema de prueba; entre otros aspectos inherentes a su función constitucional y legal.

De lo contrario, la celeridad y eficacia de la administración de justicia continuarán siendo entorpecidas por imputaciones o acusaciones incompletas y/o poco claras, audiencias preparatorias en las que las partes no pueden explicar la pertinencia de las pruebas que pretenden hacer valer en el juicio, juicios orales en los que el tema de prueba no ha sido correctamente delimitado, audiencias que se extienden por largo tiempo sin que ello sea necesario, etcétera.

[...]

La hipótesis fáctica contenida en la acusación en buena medida determina el tema de prueba. Del mismo también hacen parte las hipótesis propuestas por la defensa, cuando opta por esa estrategia.

Así, por ejemplo, si en su hipótesis la Fiscalía plantea que el acusado, en unas determinadas condiciones de tiempo y lugar, rompió la puerta de ingreso a la residencia de la víctima, ingresó a la misma y se apoderó de un televisor avaluado en dos millones de pesos, con la intención de obtener un provecho económico, y concluye que esos hechos encajan en el tipo penal previsto en los artículos 239 y 240, numerales 1 y 3, cada uno de los componentes de ese recuento factual hará parte del tema de prueba.

Si, a su vez, la defensa plantea que el acusado actuó bajo un estado de embriaguez involuntaria, que le impedía comprender la ilicitud de su conducta y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, estos aspectos fácticos también se integran al tema de prueba.

Sin mayor esfuerzo puede advertirse que si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250
Ley 599 de 2000, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 200, 288, 336 y 337

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP4323-2015 y CSJ SP919-2016.

2.3 El escrito de acusación es un acto de parte no susceptible de ser declarado nulo, pero respecto del cual la contraparte y demás intervinientes pueden hacer observaciones tendientes a que se aclare, adicione o corrija

Extracto n. ° 233.

Número de radicado	:	38256
Fecha	:	21/03/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO

«En el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, el escrito de acusación constituye la pretensión de una de ellas, la Fiscalía, cuya postulación, sometida al debate público en un juicio oral frente a un juez imparcial, prosperará o no, total o parcialmente, según el juez la acoja (condenando) o la rechace (absolviendo).

En ese contexto, el escrito de acusación no puede tenerse ni declararse como nulo, en tanto dentro de un proceso penal las peticiones de las partes no se afectan de invalidez, como que la sanción por sus vacíos está dada por la decisión judicial final de desecharlas.

Cuestión diferente se presenta en el esquema procesal de la Ley 600 del 2000, dentro del cual la acusación es proferida por un funcionario judicial y exige una providencia que por ser notificable y pasible de recursos genera una revisión y decisión por un superior funcional, determinación ésta que marca su ejecutoria y el inicio del juicio.

[...]

Pero en el sistema penal acusatorio de la Ley 906 del 2004 la acusación es un acto de parte, que no tiene el carácter de providencia judicial, consecuencia de lo cual es que el escrito que la contiene no pueda ser declarado nulo, como tampoco podría serlo cualquier petición de otra parte o interviniente.

Es cierto que el escrito de acusación no puede quedar al arbitrio del delegado de la Fiscalía, en tanto el artículo 337 procesal señala los presupuestos que deben cumplirse para su redacción.

En el supuesto de falencias en ese documento, como aquellas en que dice el señor defensor se incurrió en este evento, el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal faculta a partes e intervinientes para que en la audiencia de formulación de la acusación precisen *“las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”*. Estas correcciones, a voces del artículo 343, deben ser incorporadas a la acusación, esto es, se tienen como parte inherente de las pretensiones de la Fiscalía.

En ese contexto, el espacio para que el abogado reclamara la claridad o concreción de la acusación, era el señalado en la disposición citada. De tal forma que si lo hizo y quedó conforme, o si obvió ejercer esa facultad, por cualquiera de las dos vías carece de interés jurídico en la pretensión postulada por medio del recurso extraordinario.

En efecto, si bien se reclama nulidad, lo cierto es que la censura apunta exclusivamente a que el escrito de acusación no cumplió los requisitos del artículo 337 de la Ley 906 del 2004, de donde deriva que las correcciones sobre concisión y claridad han debido reclamarse en la oportunidad señalada en el artículo 339.

Si tal instancia se dejó vencer, mal puede el sujeto procesal que no la utilizó reclamar en su provecho su propia culpa, pues, a pretexto de una supuesta nulidad, a lo que realmente se aspira es a revivir etapas preclusivas ya superadas.

Tema diverso es el relacionado con la omisión, ya del juez, ya del fiscal, de no imprimir el trámite de los artículos 339 y 343, pues si oportunamente las partes reclaman las correcciones allí enunciadas y no se accede a ello, ahí sí se genera un vicio a partir de la audiencia de formulación de la acusación, pero por faltar a ese debido proceso, con incidencia en el derecho a la defensa.

Debe precisarse que en sentencia del 24 de agosto de 2009 (radicado 31.900), la Corte afirmó que *“las nulidades que pueden proponerse en la audiencia de formulación de acusación están limitadas a irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia”*.

Pero tal expresión no tiene el alcance de que el escrito acusatorio es o pueda ser declarado nulo. Hace referencia a que aspectos procesales precedentes, en los cuales se sustenta esa pretensión de la Fiscalía, pueden estar viciados de nulidad por afectar el debido proceso. Tanto es así que la frase se trajo a modo de conclusión luego de transcribir apartes de otra decisión en la cual la Sala resalta la razón de ser de la audiencia de formulación de acusación y afirma que en ese espacio se verifica que el escrito acusatorio cumpla los lineamientos del artículo 337 procesal y concluye que *“la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al escrito de acusación es verificar al existencia y satisfacción de sus requisitos”*.

Por manera que el alcance de aquella alusión apunta a que aspectos previos que confluyeron a la construcción del escrito acusatorio pueden estar viciados de nulidad, pero no el escrito mismo, conclusión que se ratifica cuando con posterioridad la Corte ha insistido en que en la audiencia de formulación acusatoria puede postularse la invalidación de lo actuado, por ejemplo en la fase de investigación previa (sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 32.865).

Si ello sucede, esto es, si se decreta la nulidad de la actuación previa al escrito de acusación, surge evidente que este queda sin piso, pues un requisito necesario para que el Fiscal pueda impulsar un juicio con ese documento es que la actuación previa, como la formulación de imputación, se haya cumplido con el respeto irrestricto a las formas propias de un proceso como es debido.

Cabe precisar que la invalidación de que se trata no puede obedecer al acopio ilegal de elementos de prueba, como que en tal supuesto la queja, que debe presentarse en la instancia procesal oportuna, debe apuntar al cuestionamiento de la prueba misma, sin que las irregularidades cometidas en el recaudo de esta necesariamente afecten de nulidad el procedimiento.

En ese contexto, las nulidades de que se trata se quedarían para supuestos tales como, por vía de simples ejemplos, que no se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, o que no se vinculó legalmente al sindicado, bien en forma presencial en la audiencia de imputación o por contumacia, o que no existe escrito acusatorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 del 2004, arts. 337, 339 y 343

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 13 mar. 2013, rad. 39561; CSJ AP, 03 jul. 2013, rad. 33790; CSJ AP7667-2014, CSJ AP2767-2015, CSJ AP5364-2015, CJS AP3779-2015, CSJ AP1504-2015, y CSJ AP2424-2016.

2.4 Procedencia del retiro del escrito de acusación antes de que se haga la respectiva formulación en audiencia

Extracto n. ° 234.

Número de radicado	:	38256
Fecha	:	21/03/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Si el fiscal es el “*dueño de la acusación*” y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito, esto es, los cargos, en tanto en esa instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.

Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP1392-2015 y CSJ AP4099-2016.

2.5 Momento en que se entiende que ha sido radicado el escrito de acusación

Extracto n. ° 235.

Número de radicado	:	35979
Fecha	:	12/12/2012
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El recurrente no puede tomar como fecha de presentación del escrito de acusación la del acto de su recibimiento por el juzgado al que le fue asignado su conocimiento, ni tampoco desconocer el trámite administrativo del reparto cuando hay varios juzgados como sucedió en este caso, porque este no depende del fiscal.

Aceptar la tesis del demandante conllevaría al absurdo de sostener, que el término legal está supeditado a la actividad de los funcionarios encargados de su reparto y no al fijado por la ley; el deber legal le impone presentarlo dentro de ese lapso ante la autoridad judicial encargada de recibirlo para su

asignación o ante el juez de conocimiento, en los casos en que éste sea único».

2.6 La adición al escrito de acusación excluyendo un delito no es la vía para culminar la acción penal respecto del cual se formuló imputación

Extracto n. ° 236.

Número de radicado	:	39894
Número de providencia	:	SP1392-2015
Fecha	:	11/02/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] la Fiscal delegada no optó por retirar el escrito, sino que indebidamente lo «adicionó» para excluir de él de manera definitiva y dar por concluida la actividad procesal de uno de los delitos que había sido válidamente imputado, equivocando claramente la vía legalmente dispuesta para ello, esto es, la preclusión, pues atendiendo las consecuencias que conlleva una decisión de esta naturaleza para la defensa, pero particularmente para la sociedad y la víctima, el constituyente previó este mecanismo específico, con garantías reforzadas, disponiendo que el Fiscal debe solicitarla ante el juez de conocimiento quien la decidirá.

Tanto es así, que el numeral quinto del inciso segundo del artículo 250 Constitucional asigna a la Fiscalía General de la Nación la precisa función de:

*«Solicitar ante el juez de conocimiento **la preclusión** de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.».*
(Resaltado de la Sala).

En ese orden de ideas, por expreso mandato constitucional, ante la ausencia de mérito para sostener la acusación, el fiscal se encuentra compelido a requerir al juez de conocimiento la preclusión, pues ella implica la terminación de la actuación de manera definitiva y con efectos de cosa juzgada¹⁶, sin el agotamiento de las etapas procesales en su integridad.

[...]

¹⁶ Cfr. Ley 906 de 2004, art. 334.

De allí, que la respuesta al primer problema jurídico se dirige a afirmar que la Fiscalía no se encuentra legalmente facultada para dar por concluido el proceso por medio de la “adición” del escrito de acusación; en desarrollo de sus facultades de parte, puede retirarlo con anterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación, sin que ello incorpore la posibilidad de que con tal actuación concluya el proceso por alguno de los delitos investigados, pues, para tal fin, debe articular el mecanismo procesal de la preclusión elevando la solicitud al juez de conocimiento, aun cuando no haya habido formulación de imputación¹⁷.

En consecuencia, en el caso concreto, y en respuesta al primer cuestionamiento, no puede la Sala avalar la utilización de adiciones al escrito de acusación, para justificar el cese definitivo de la actividad procesal respecto del delito de secuestro simple que les fue imputado a los procesados».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250

2.7 Descubrimiento probatorio

2.7.1 El descubrimiento probatorio como expresión del debido proceso y el derecho a la defensa

Extracto n. ° 237.

Número de radicado	:	41198
Número de providencia	:	AP6357-2015
Fecha	:	12/11/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«El descubrimiento probatorio, tiene dicho la Sala, es expresión del debido proceso y el derecho a la defensa, se pretende que las partes conozcan anticipadamente los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para no ser sorprendidos en el juicio oral

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, cit.

con medios de los que el contradictorio se vería afectado por no haberse enterado de su contenido antes.

Es por ello que, a efectos de evitar que cualquiera de las partes resulte sorprendida, afectada en sus derechos y garantías, menoscabada en sus posibilidades probatorias o perjudicada en la demostración de su teoría del caso, el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 prevé que *«los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio»*.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 346

Extracto n. ° 238.

Número de radicado	:	41802
Número de providencia	:	AP7667-2014
Fecha	:	10/12/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] garantizar el pleno ejercicio del derecho a la defensa, en su vertiente de contra-probar, en el entendido de que la acusación saca a la luz pública lo que era secreto, desconocido, lo deja manifiesto, patente (descubrir es destapar lo que está tapado o cubierto), a efectos de que la parte contraria, con ese conocimiento y dentro de un término razonable, pueda elaborar su estrategia defensiva.

Desde hace años, la Corte ha decantado (sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25.920) que, además del derecho a la defensa, el descubrimiento garantiza el debido proceso (es una forma propia del juicio preestablecido que debe respetarse), la igualdad (de armas, por cuanto las partes tienen derecho a conocer las evidencias y los elementos que su contrario habrá de utilizar), la imparcialidad (el juez debe velar porque sea completo a fin de que le permita establecer la verdad y la justicia), la legalidad (condiciona la pertinencia y el decreto de la prueba, al punto que puede ser excluida en cualquier instancia), la lealtad (debe ser completo para evitar sorprender a la parte contraria), la contradicción (se deben conocer los elementos con antelación para preparar su controversia y

contribuir a su formación como pruebas) y la objetividad (la Fiscalía debe ser transparente, debiendo descubrir incluso lo que sea favorable al acusado)».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ SP, 21 oct. 2009, rad. 31001; CSJ AP, 09 dic. 2010, rad. 33364; CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 33844; CSJ SP, 19 oct. 2011, rad. 35186; CSJ AP, 08 nov. 2011, rad. 36177; CSJ SP, 13 jun. 2012, rad. 32058; CSJ AP, 21 nov. 2012, rad. 39948; CSJ AP4414-2014, CSJ AP3583-2015, CSJ AP5785-2015, y CSJ SP179-2017.

2.7.2 Principios con que se relaciona el descubrimiento probatorio

Extracto n. ° 239.

Número de radicado	:	25920
Fecha	:	21/02/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El *descubrimiento probatorio* se relaciona directamente con los principios que a continuación se mencionan y cuya vigencia reafirma:

i) *Debido proceso*¹⁸, de rango constitucional, aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, que incluye para el sindicado el juzgamiento con la observancia de la plenitud de las formas del juicio, el derecho de presentar y controvertir pruebas, la defensa por un abogado; y a la *exclusión* las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

ii) *Igualdad*¹⁹, en tanto corresponde a los servidores judiciales hacerla efectiva para los intervinientes en desarrollo de la actuación. Se concreta en la denominada *igualdad de armas*, consistente el derecho que tiene la defensa de conocer las evidencias y elementos probatorios que la Fiscalía utilizará para la acusación; y a la vez, el derecho que asiste a la Fiscalía para conocer de cuáles evidencias y elementos probatorios se servirá la defensa; con la finalidad de que puedan desempeñarse en el mismo plano o nivel. Pero tal prerrogativa no se agota en el simple conocimiento previo, sino que

¹⁸ Constitución Política, artículo 29.

¹⁹ Ley 906 de 2004, artículo 4°.

confiere a cada parte la potestad de “utilizar”, si conviene a sus intereses, las evidencias y elementos probatorios aducidos por la otra, bien para impugnar la pertinencia o el poder de persuasión, o bien para respaldar su propia teoría.

iii) *Imparcialidad*²⁰, que impone a los Jueces el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, siendo indispensable para ello que el Juez de conocimiento asuma una actitud positivamente dirigida a que el *descubrimiento probatorio* sea lo más completo posible.

iv) *Legalidad*²¹, en cuanto el *descubrimiento* es uno de los parámetros que condiciona la pertinencia y el decreto de la prueba por parte del Juez; y por la necesidad de observar las formas propias del juicio. Tan es así, que si llegare a practicarse una prueba que no fue descubierta y pese a ello se utiliza como fundamento de la sentencia, en segunda instancia o en sede de casación es factible aplicar la *regla de exclusión*, por mandato constitucional (*artículo 29 de la Carta*) y de la ley (*artículo 360 –prueba ilegal- de la Ley 906 de 2004*), según el cual, el Juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal.

v) *Defensa*²², pues el imputado y con mayor razón el acusado, tiene derecho a solicitar, conocer y controvertir las pruebas, disponiendo para ello de un tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa.

Sobre ese particular, el numeral 3° del artículo 125 de la Ley 906 de 2004, estipula que es atribución de la defensa:

“En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencias física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.”

vi) *Lealtad*²³, bajo el entendido que todos los que intervienen en la actuación tienen el deber de obrar con buena fe. Implica que el *descubrimiento probatorio* se haga en forma completa e integral, para evitar que la contraparte sea sorprendida con evidencias y medios probatorios que no pudo conocer con razonable antelación. Siempre quedan a salvo, claro está, el derecho a la no autoincriminación y la información privilegiada ente el acusado y su defensor.

²⁰ Artículo 5° ibídem.

²¹ Artículo 6° ibídem.

²² Artículo 8° ibídem.

²³ Artículo 12 ibídem.

vii) *Contradicción*²⁴, en cuya virtud, las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. Y concretamente, como lo dispone el inciso segundo de esta norma:

“Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.”

Con idéntica redacción, el numeral 2° del artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre los deberes específicos de la Fiscalía, se refiere al suministro de todos los elementos y evidencias, inclusive los que sean favorables al acusado.

viii) *Objetividad*²⁵, que obliga a la Fiscalía a adecuar su actuación a un criterio transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley. De ahí que el *descubrimiento probatorio* por parte de la Fiscalía debe incluir aquellas que pudieren resultar favorables a la defensa».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art 29
Ley 906 de 2004, arts. 125-3 y 360

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP1083-2015 y CSJ AP1092-2015.

2.7.3 Momentos procesales para realizar el descubrimiento probatorio

Extracto n. ° 240.

Número de radicado	:	49183
Número de providencia	:	AP644-2017

²⁴ Artículo 15 ibidem.

²⁵ Artículo 115 ibidem.

Fecha	:	01/02/2017
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] desde la CSJ AP de 21 de febrero de 2007 Rad. 25920 se dijo, en relación con el descubrimiento probatorio, que comienza con la presentación del escrito de acusación (Artículo 337 numeral 5)²⁶, continúa en la audiencia de formulación oral de aquella (canon 344)²⁷, sigue en la preparatoria (precepto 356 numerales 1 y 2)²⁸ y excepcionalmente puede llegar hasta el juicio oral, con la prueba denominada sobreviniente (norma 344).

Sin duda alguna, el descubrimiento, como garantía fundamental dentro del proceso adversarial integrante del debido proceso probatorio, surge como obligatorio para la Fiscalía, con el anexo al escrito de acusación. Dice la pauta legal:

*«Artículo 337.- El escrito de acusación deberá contener:
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...)»*

[...]

Ya en la audiencia de formulación de acusación vuelve a darse un momento para que la Fiscalía realice descubrimiento probatorio puesto que puede – entre otras cosas- según lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, adicionar el escrito de acusación.

También en sede de la citada vista, la defensa realiza petición el revelamiento probatorio de lo enunciado en el listado adjunto presentado por la Fiscalía y es imperativo para el funcionario judicial velar porque sea completo.

Llegando a la vista preparatoria, se entiende que la defensa está al tanto la totalidad de medios de conocimiento con que cuenta la Fiscalía, por ello, a su inicio, la ley dispone que el juez pregunte si hay observaciones al trámite realizado por fuera de la sede de la audiencia, y de no haber manifestaciones al respecto, se continúa con el descubrimiento a cargo de la defensa, empero, puede ocurrir que en el interregno transcurrido entre la acusación y la preparatoria, hubiere surgido un medio cognoscitivo relevante para la

²⁶ En este evento es la Fiscalía la que debe cumplir con el descubrimiento de todos los medios de conocimiento que quiere hacer valer en el juicio oral.

²⁷ En esta audiencia la Fiscalía puede descubrir un nuevo medio de conocimiento y la defensa tiene derecho a solicitar que la Fiscalía le descubra, exhiba o entregue copia de los elementos materiales de prueba enlistados en el anexo.

²⁸ Normativamente, en relación con el descubrimiento lo primero que se hace es el control al realizado por la Fiscalía en favor de la defensa fuera de la sede de la audiencia y después, se surte el descubrimiento a cargo de la defensa en favor de la Fiscalía.

indemnidad del juicio, que no era conocido antes y no pudo hallarse con una juiciosa investigación, es decir, que no se conoció sin negligencia, incuria o mala fe del acusador, en cuyo caso debe descubrirse en la misma audiencia, a su inicio y continuar con el trámite.

Es evidente que el develamiento de nuevos medios de conocimiento que puede hacer la Fiscalía en la segunda audiencia, no es complementario, adicional, ni en forma alguna está previsto para subsanar su olvido o descuido; la naturaleza es eminentemente excepcional y procede sólo cuando se dan ciertas especiales condiciones²⁹, puesto que el mismo Artículo 356 en su numeral primero -al disponer el control al descubrimiento probatorio realizado fuera de la sede de la audiencia- establece que en caso de no haberse realizado de forma completa, procede el rechazo³⁰.

De suerte que si el acusador obtiene un medio de prueba que quiere hacer valer en el juicio, pero no fue descubierto sin su incuria o malicia, deberá exponer las razones que acrediten el cumplimiento de las reglas que permiten su excepcional descubrimiento y si el juzgador las encuentra demostradas, ordena el develamiento al inicio de la vista preparatoria y se continúa con el curso de la misma.

El último episodio en que se puede presentar es en curso de la audiencia de juicio oral, con la “prueba sobreviniente”, pero la naturaleza del instituto también es excepcional, de forma que tampoco está prevista para subsanar defectos u omisiones del quehacer de las partes.

En conclusión, si bien es cierto existen diversos momentos en que se prevé descubrimiento, cada uno de ellos tiene su propio rigor, sin que exista la posibilidad de hacer descubrimientos voluntariamente escalonados, pues ello conduciría al quebrantamiento del deber de lealtad que redundaría en la afectación de otros derechos fundamentales, sobre todo, cuando quien incurre en una práctica de ese talante, es el Órgano Acusador que, de paso, ha contado con todos los medios y el tiempo suficientes para hacer una investigación exhaustiva».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 337-5, 339, 344, 356-1 y 356-2

²⁹ Cfr. CSJ AP8489- 5 de diciembre de 2016 – Rad. 48.178

³⁰ El rechazo como sanción está consagrado normativamente en el artículo 346 del Procedimiento Penal, aunque es en el canon 356 el que consagra el acto procesal en que procede su aplicación.,

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 12 may. 2008, rad. 28847; CSJ SP, 22 jul. 2009, rad. 31614; CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 33997; CSJ AP, 25 ag. 2010, rad. 34392; CSJ AP, 17 nov. 2010, rad. 34893; CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 33844; CSJ AP, 19 oct. 2011, rad. 35186; CSJ SP, 24 jul. 2012, rad 38187; CSJ AP1683-2014, CSJ AP1092-2015, CSJ AP1083-2015, y CSJ SP179-2017.

2.7.3.1 Oportunidad procesal para que la víctima realice el descubrimiento probatorio

Extracto n. ° 241.

Número de radicado	:	45667
Número de providencia	:	AP2574-2015
Fecha	:	20/05/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Las facultades de las víctimas en materia de descubrimiento probatorio (art. 344), observaciones al mismo (art. 356), postulación probatoria (art. 357), solicitud de exhibición de elementos materiales de prueba (art. 358), exclusión, rechazo o inadmisibilidad de medios de pruebas (art. 359), entre otros, omitidas en la Ley 906 de 2004, han sido reconocidas por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, por manera que actualmente cuentan con la posibilidad de intervenir a través de la Fiscalía en cada una de estas etapas, con lo cual se garantiza su acceso efectivo a la administración de justicia.

Así, la sentencia C- 209 de 2007 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 bajo el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de elementos materiales probatorios o evidencia física. Igual determinación adoptó respecto de los artículos 356, 358 y 359 *ibidem* sobre las observaciones al descubrimiento, la solicitud de exhibición de elementos materiales de prueba y la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de medios de pruebas.

Por su parte el fallo C-454 de 2006 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 357 en el entendido que los representante de las víctimas pueden hacer solicitudes probatoria en igualdad de condiciones que la defensa y la Fiscalía.

En ese orden, ninguna duda existe sobre la posibilidad de las víctimas de ejercer las prerrogativas inherentes al descubrimiento y postulación probatoria. Con todo, esas facultades deben ejercerse en la oportunidad y en la forma prevista en la ley en respeto al principio basilar del debido proceso en tanto los procedimientos establecidos en la ley materializan los derechos e intereses de las personas involucradas en la actuación.

[...]

[...] las víctimas tienen la potestad de descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física, efectuar postulaciones probatorias y observaciones al proceso de descubrimiento; sin embargo, cada una de estas prerrogativas las deben ejercer en la etapa designada en la ley, pues así como poseen derechos también tienen cargas y obligaciones que cumplir.

[...]

Entonces, la Fiscalía y las víctimas deben revelar los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretenden hacer valer en el juicio en la audiencia de acusación, con mayor razón cuando la sentencia C- 454 de 2006 no precisa, como equivocadamente afirma el impugnante, que la víctima esté facultada para descubrir sus medios de convicción en la audiencia preparatoria.

Además, como la Fiscalía y las víctimas comparten la pretensión acusatoria, deben develar con antelación los elementos incriminadores a efectos de que el acusado y su defensor tengan la oportunidad de planificar la defensa e implementarla a partir del estudio de los medios probatorios que apoyan los cargos».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 344, 356, 357, 358 y 359

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 7 dic. 2011, rad. 37596; CSJ AP2146-2015, y CSJ AP5187-2015.

2.7.4 Efectos del incumplimiento de realizar el descubrimiento probatorio en el plazo máximo de 3 días

Extracto n. ° 242.

Número de radicado	:	47422
Número de providencia	:	AP3318-2016
Fecha	:	25/05/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Además, si bien el legislador señaló un término de tres (3) días para que el ente investigador entregue o exhiba a su contraparte todos los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, previamente descubiertos durante a la audiencia de formulación de acusación, a efecto de que la defensa logre preparar la estrategia a seguir en el juicio oral (artículo 356 de la Ley 906 de 2004), la Corte ha tenido la oportunidad de precisar que cuando la entrega de dichos instrumentos de prueba no se hace en ese lapso, es decir, se procede a ello de manera extemporánea, no hay lugar a la invalidación del proceso, siempre que, en todo caso, se haya realizado con suficiente antelación al inicio del debate respectivo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 365

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 33844; CSJ AP3136-2014, CSJ AP2574-2015, CSJ AP4490-2015, CSJ AP4276-2016, y CSJ SP179-2017.

2.7.5 Efectos de la omisión de realizar el descubrimiento probatorio**Extracto n. ° 243.**

Número de radicado	:	36788
Fecha	:	26/10/2011
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«El artículo 346 de la Ley 906 de 2004, señala:

SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN DE INFORMACIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO.

Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

El precepto es claro: su incumplimiento conlleva la exclusión del elemento material probatorio o evidencia física, pues ello estructura una actuación desleal.

Ahora bien, esta norma contempla una excepción a la sanción, y ocurre cuando se acredita que su incumplimiento obedece a causa no imputable a la parte obligada *verbi gracia*, cuando ante quien se debe exhibir la evidencia no acude al sitio indicado para tal fin, o cuando la dificultad para develar el elemento probatorio o la evidencia no es imputable a quien la presenta».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 346

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP 09 dic. 2010, rad. 33364; CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 33844; CSJ AP, 19 oct. 2011, rad. 35186; CSJ AP767-2015, CSJ AP2574-2015, y CSJ AP644-2017.

2.7.6 Restricciones al descubrimiento probatorio

2.7.6.1 No se requiere el descubrimiento del programa metodológico

Extracto n. ° 244.

Número de radicado	:	32183
---------------------------	---	-------

Fecha	:	17/11/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La solicitud de allegar el plan metodológico desarrollado por la Fiscalía

En relación con esta petición, es indispensable recurrir al artículo 345 de la Ley 906 de 2004, en el cual se establecen restricciones al descubrimiento de prueba, así:

Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

(...)

3. Apuntes personales, archivos, documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición (...)

De lo anterior se comprende que el programa metodológico al que hace referencia el recurrente y que ha solicitado se ordene su acopio, es una herramienta para la organización de la investigación y se constituye en presupuesto que orienta el desarrollo procesal o las etapas que lo integran. De esta manera lo ha entendido la jurisprudencia:

Ahora bien, para lo que interesa en este asunto, importa destacar que lo asignado al Delegado ante la Corte fue la elaboración del plan metodológico, el cual, conforme al artículo 207 de la Ley 906 de 2004, implica la proyección de los objetivos de la investigación “... en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de la tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos”, plan con fundamento en el cual “el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción de los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito.

En otros términos, el plan metodológico involucra ni más ni menos que la planeación de la investigación con miras a establecer la procedencia del ejercicio de la acción penal, como que es allí donde se definen las actividades que deberán desarrollar los investigadores de la policía judicial para confirmar o descartar la hipótesis delictiva, de donde surge sin ambages su importancia superlativa³¹.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *auto* única instancia, Radicación 28445, de 31 de octubre de 2007.

Puede afirmarse que el plan metodológico no puede ser objeto de descubrimiento alguno, de suerte que la invocación de su allegamiento a la actuación resulta de manera ostensible inútil e improcedente».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 345

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP6410-2014 y CSJ AP5721-2015.

2.7.6.2 La orden del fiscal a policía judicial para interceptar comunicaciones integra la actividad preparatoria del caso mas no es elemento material probatorio o evidencia física, por lo que no se requiere su descubrimiento probatorio

Extracto n. ° 245.

Número de radicado	:	46571
Número de providencia	:	AP5721-2015
Fecha	:	30/09/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«[...] es manifiesto el equívoco de la libelista al considerar que el funcionario acusador estaba obligado a descubrirle las órdenes dirigidas por él a la policía judicial con el propósito de interceptar los abonados telefónicos de los implicados, toda vez que, como bien lo destacó el *ad quem*, aquellas no corresponden a ningún elemento material probatorio o evidencia física con la entidad de convertirse en prueba una vez aducida al juicio y sometida al contradictorio, sino que integran la actividad preparatoria del caso, en los términos del canon 345.3 *ejusdem*.

En verdad, no es como lo asegura la letrada que tales órdenes hacen parte de las interceptaciones porque aquellas comportan, en el entendimiento de la Corte Constitucional (sentencia C-657 de 1996), una de las condiciones para intervenir el derecho a la intimidad en eventos de interceptación de

comunicaciones, pues además que el precedente citado por la impugnante lo único que enfatiza es que la restricción de la referida garantía sólo es posible bajo la hipótesis de una orden judicial, el mismo se profirió de cara al régimen procesal de la Ley 600 de 2000, no así respecto del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004, en el que la práctica de las interceptaciones es viable, previa emisión de orden del fiscal del caso, la cual, haciendo las veces de una orden judicial, junto con sus resultados son objeto de control posterior de legalidad por el juez de control de garantías.

Si esto es así, y la jurista, de ningún modo, argumenta, de manera consistente y suficiente, algún vicio del procedimiento de interceptación de comunicaciones, o quizás de las decisiones que en sede de control de garantías verificaron la legalidad de las grabaciones de las llamadas telefónicas entre los inculpados, a cargo de los investigadores de policía judicial, por orden impartida por el funcionario acusador, providencias que, en todo caso, fueron oportunamente conocidas por todos los defensores, no se comprende cuál sería la irregularidad sustancial con la entidad necesaria para invalidar la actuación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

2.7.7 El descubrimiento probatorio cuando se trata de prueba de referencia

Extracto n. ° 246.

Número de radicado	:	44056
Número de providencia	:	SP14844-2015
Fecha	:	28/10/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El descubrimiento probatorio debe sujetarse a las reglas generales establecidas para todos los medios de prueba ((CSJ AP, 13 Jun 2012, Rad. 32058, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SC, 20 Feb. 2007, Rad. 25920, CSJ AP, 08 Nov 2011, Rad. 36177, CSP AP, 03 Sep 2014, Rad. 41908 entre otras).

En materia de prueba de referencia, debe tenerse especial cuidado en descubrir tanto la declaración anterior al juicio oral, que se pretende introducir como prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de dicha declaración.

Este requisito debe ser minuciosamente verificado, habida cuenta de los límites para el ejercicio del derecho a la confrontación asociados a la admisión de prueba de referencia.

Así, por ejemplo, si se trata de la declaración rendida por un testigo antes de fallecer, debe descubrirse dicha declaración, así como los documentos que la contengan y/o los datos de los testigos que la escucharon y que pretenden ser utilizados como prueba de su existencia y contenido».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 437

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 20 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 08 nov. 2011, rad. 36177; CSJ AP, 13 jun 2012, rad. 32058; CSJ AP5233-2014, CSJ SP10986-2014, CSJ AP5785-2015, CSJ AP6319-2015, CSJ SP7248-2015, y CSJ SP16564-2016.

3. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN

3.1 Reconocimiento de la calidad de víctima: de existir un número plural de víctimas el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral –no acatar esta disposición no implica automáticamente la invalidez de lo actuado–

Extracto n. ° 247.

Número de radicado	:	42477
Número de providencia	:	SP12792-2016
Fecha	:	07/09/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Como indudable expresión del equilibrio de partes acusadora y acusada y de la igualdad de armas que entre las mismas ha de existir en el sistema procesal adversarial, el artículo 340 de la Ley 906 de 2004 dispone que *“de existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral”*».

Tal norma fue hallada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-516 de 2007 bajo el entendido de que *“la potestad que se confiere al juez de limitar el número de apoderados de las víctimas a un umbral que no podrá exceder al de defensores, promueve finalidades que son legítimas como la de asegurar la eficacia del procedimiento, y establecer un equilibrio entre la acusación y la defensa compatible con el componente adversarial del sistema acusatorio que se proyecta en el juicio oral.*

...

El derecho de intervención de las víctimas no se ve drásticamente afectado puesto que, como se advierte, pueden canalizar su derecho de intervención en el juicio no solamente a través de una vocería conjunta, sino mediante la intervención del propio Fiscal, tal como lo ha señalado la Corte en anteriores oportunidades, refiriéndose al aspecto probatorio y de argumentación. [...]

[...]

Así las cosas, encuentra la Corte que la medida que se analiza no grava de manera desproporcionada el interés de la víctima de intervenir de manera efectiva en el juicio oral; por el contrario, ella resulta compatible con los rasgos del sistema adversarial que se proyectan de manera preponderante en esta etapa del proceso en donde la intervención de la víctima se canaliza (para efectos de la contradicción de la prueba y de la presentación de la teoría del caso) a través del fiscal. La ley prevé la posibilidad de que el representante de la víctima presente directamente los alegatos finales (Art. 443), momento en el que operará el umbral de intervención numérica a que se refiere el precepto examinado. Esta medida resulta razonable, en cuanto promueve un desarrollo equilibrado y eficiente del juicio, sin que a la vez genere una intolerable restricción de los derechos de las víctimas que se encuentran garantizados, mediante sus aportes previos para la construcción del caso, la intervención del fiscal, y la vocería concertada de las víctimas en el juicio oral”.

Luego, bajo dichas condiciones resulta innegable la comisión de la irregularidad denunciada por el censor habida cuenta que se permitió la intervención de un número mayor de apoderados de víctimas, frente a un defensor común de los tres procesados, lo cual no implica automáticamente la invalidez de lo actuado, cuando nuevamente incurre el libelista en grave omisión sobre la acreditación de su trascendencia en el sentido del fallo o más específicamente en el derecho de defensa de los acusados.

Más allá de haber denunciado tal anomalía, no demostró el casacionista de qué manera se afectó el derecho de defensa de los acusados, o de qué modo el mayor número de apoderados de víctimas en relación con los defensores incidió en el sentido de la sentencia impugnada o de qué forma habría impactado en el evento de no haberse cometido quella.

[...]

En ese orden y según lo señala la Delegada de la Fiscalía, la censura se queda en un discurso puramente formal sobre las preguntas y el número de intervenciones que el juez permitió hacer a dichos apoderados, pero no se acredita que las mayores garantías otorgadas a las víctimas se haya traducido de una manera real y efectiva en afectación de la defensa del acusado o en las resultados del juicio.

No se acredita que la permisión del juez hubiera afectado o alterado el equilibrio procesal o las garantías de defensa incidiendo ilegítimamente en el resultado adverso a los procesados; el cargo se funda en una referencia numérica de preguntas e intervención de las partes sin que se evidencie

garantismo pro-víctima y consecuencial ausencia del equilibrio en detrimento del reo.

De igual modo, según el Ministerio Público, si bien existe un error de estructura éste no alcanza a ser de la trascendencia suficiente para invalidar la actuación, ya que ante la intervención de los dos apoderados, el defensor que lo hizo posteriormente tuvo plena oportunidad para controvertir los argumentos y responder las alegaciones de ambos, siendo la disparidad sólo numérica».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 177 y 340

4. CONTROL DE LA ACUSACIÓN POR PARTE DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO

Extracto n. ° 248.

Número de radicado	:	45594
Número de providencia	:	SP14191-2016
Fecha	:	05/10/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Los rasgos esenciales del principio acusatorio corresponden al ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, la delimitación del proceso en fases de investigación y juzgamiento, conferida a organismos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador, y la relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes³².

En consonancia con estas máximas, tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen *exclusivamente* a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento (artículos 250.4 de la Constitución Política y 336 y 339 inciso 2° del estatuto procesal).

Este acto de acusación, integrado por el escrito respectivo y la formulación oral de los cargos, ha sido entendido por la Sala como un ejercicio de imputación fáctico-jurídica, donde el Estado fija los contornos de la pretensión punitiva y delimita los referentes en torno de los cuales se adelantará la discusión sobre la responsabilidad penal del procesado (CSJ, AP4219-2016, 29 de junio de 2016, casación 45819).

El deber de acusar de la fiscalía también se expresa en la facultad de celebrar con el imputado o acusado preacuerdos y negociaciones orientados a que se anticipe la sentencia condenatoria, labor en la que el fiscal debe necesariamente gozar de un margen racional de maniobra, con el fin de que pueda adelantar su tarea de forma efectiva, en el entendido, además, que se trata de una forma de composición del conflicto, como ya lo ha precisado la Sala en otras oportunidades (CSJ AP2370-2014, 7 de mayo de 2014, Segunda Instancia 43.523).

³² ASENSIO MELLADO, José María. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium, pp. 17-18.

Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias, (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales.

La postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886. En la primera, se dijo,

“[...] la confección del escrito de acusación es un acto de parte, de la Fiscalía General de la Nación, que, como se ve, está reglado, entre otros, por los artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004, acto que por su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales.

“En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de la acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio – solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo.

“[...] Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal”.

Esta postura fue reiterada en la sentencia de Casación 38256, de fecha 21 de marzo de 2012, donde se precisó,

“En este contexto, el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en ese acto complejo acusatorio. Por tanto, los hechos y los delitos fijados por la fiscalía vinculan al juzgador y la única posibilidad de controversia permitida a las partes e intervinientes es la concedida en el artículo 339, exclusivamente para que formulen observaciones sobre el cumplimiento de las exigencias del artículo 337 (auto de 5 de octubre de 2007, radicado 28294).

“En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto de 15 de julio de 2008, radicado 29994)”

En la decisión de Segunda Instancia de 14 de agosto de 2013 (radicación 41375), dentro de esta misma tendencia interpretativa, la Sala expuso,

“En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica de esa codificación debe ser la de articular un método que no genere incompatibilidades conceptuales a la hora de su aplicación, a partir de una fundamentación integral y con perspectiva sistemática...”.

Y en la decisión de Segunda Instancia fechada el 16 de octubre de 2013 (radicación 39886), sostuvo,

“Con dicha licencia para invalidar las formulaciones de imputación libremente aceptadas por el procesado, se desvertebra la sistematicidad del proceso adversarial, en tanto se coloca al juez en la condición de coacusador ya que se le autoriza a que exprese, con carácter vinculante, su propia teoría del caso, invadiendo la órbita requirente que le está asignada con exclusividad al fiscal; y, de paso, se produce una consecuencia altamente nociva para la operatividad del esquema, pues se altera el flujo de casos que se espera se tramiten por la vía del proceso abreviado, sin dejar de mencionar las enormes dificultades en que queda la fiscalía en materia de demostración de una teoría del caso que no es la suya, sino la del juez que decretó la nulidad.

“ [...] Por tanto, si se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso–, mediante la cual obliga al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que

el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, se desestructura la sistemática adversarial, dado que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, probarla. Pero además, compromete el programa metodológico, y por sobre todo, la iniciativa y responsabilidad de la fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio, argumentativo y a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.”

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004,³³ “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, a aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280. En la primera se dijo,

“En suma, la Corte Constitucional declaró exequible la facultad del fiscal de IMPUTAR la (s) conducta (s) en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, **siempre y cuando** se adelante esa labor de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, pues en últimas “a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

“ [...] Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera *consensuada, razonada y razonable* excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- medir el *costo/beneficio* del preacuerdo.

³³ El inciso segundo y su numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, dicen textualmente: ARTÍCULO 350: [...] El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

“Todo ello dentro de la legalidad, dentro de los márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalicen o desacrediten la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y el derecho de las víctimas a conocer la verdad» (Las negrillas y las cursivas pertenecen al texto original).

Y en la decisión de 8 de julio de 2009, precisó,

“Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con la simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y debido proceso.”

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436. En el primero se dijo,

“En esas condiciones, la adecuación típica que la fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, **por regla general**, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

“Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta lesión a garantías fundamentales (auto de 16 de mayo de 2007, radicado 27218).

“La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado.

“ [...] La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de **única excepción**, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales.

“Es claro que esa **permisión excepcional** parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

“La transgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente o mejor”.

En la sentencia SP9853-2014, de 16 de julio de 2014, casación 40871, la Sala reiteró la anterior postura en los siguientes términos,

“Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que **por regla general** el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

La misma línea jurisprudencial fue planteada en la decisión AP6049-2014, de primero de octubre de 2014, Segunda Instancia 42452,

«En el proceso adversarial, **por regla general** el juez de conocimiento no puede controlar materialmente la acusación del fiscal, “pero **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes (CSJ, SP9853 16 de julio 2014. Radicación 40871).»

También se repitió en la sentencia CSJ SP13939-2014, de 15 de octubre de 2014, casación 42184, donde además se hicieron precisiones sobre la necesidad de que la intervención excepcional del juez obedezca realmente a violaciones objetivas y palpables, que no dejen duda sobre la real afectación de un derecho fundamental,

“El juez de conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la fiscalía, salvo que ésta desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

“Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

“En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, **que opera excepcionalísima**, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

“De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.”

Y una vez más se reiteró en la sentencia CSJ SP14842-2015, de 28 de octubre de 2015, casación 43436, donde se dijo,

“Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 julio 2014, radicación 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial,³⁴ concluyó que “**por regla general** el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la ley 906 de 2004, pero, **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

Recapitulando, se tiene entonces que el criterio jurisprudencial que la Sala acoge actualmente en esta materia, y que hoy se reitera, reconoce que el juez, por regla general, no puede hacer control material de la acusación o de

³⁴ CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Ag. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886.

los acuerdos en procesos tramitados por la Ley 906 de 2004, y que solo le es permitido realizarlo, de manera excepcional, cuando objetivamente advierta afectaciones manifiestas y groseras de los derechos fundamentales».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 350

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP179-2017.

CAPÍTULO II

ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO A CARGOS —UNILATERAL O DERIVADA DE UN PREACUERDO—

1. CONSIDERACIONES COMUNES

1.1 El derecho a un debido proceso en los procesos abreviados

Extracto n. ° 249.

Número de radicado	:	40871
Número de providencia	:	SP9853-2014
Fecha	:	16/07/2014
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El artículo 29 de la Carta Política, en relación con el derecho fundamental al debido proceso, señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la "plenitud de las formas propias de cada juicio". La Constitución igualmente se refiere a otros principios que complementan esta garantía, tales como el de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la asistencia profesional de un abogado, la publicidad del juicio, la celeridad del proceso sin dilaciones injustificadas, la aducción de pruebas en su favor y la posibilidad de controversia de las que se alleguen en contra del procesado, el derecho a la doble instancia en caso de condena -salvo que se trate de casos de única instancia-, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho así se le dé una denominación jurídica distinta.

Ahora bien, dentro de la connotación de las formas propias del juicio la ley adjetiva consagra dos clases de proceso a saber, uno ordinario y otro abreviado, siendo presupuesto de este último la renuncia al derecho a ser vencido en juicio y la aceptación de una sentencia de naturaleza condenatoria a cambio de una significativa ventaja punitiva.

Al mismo tiempo, la ley consagra dos vías de producción del proceso abreviado: una a partir de la aceptación de la imputación y la otra de la celebración de preacuerdos entre imputado o acusado con la Fiscalía. Cada una de estas posibilidades entraña una serie de pautas normativas a las que obligatoriamente debe ceñirse la judicatura».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP9379-2017.

1.2 El allanamiento a los cargos es diferente a los preacuerdos y se equipara a la figura de la sentencia anticipada establecida en la Ley 600 de 2000, por lo que es aplicable el principio de favorabilidad respecto a esta última

Extracto n. ° 250.

Número de radicado	:	25306
Fecha	:	08/04/2008
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El derecho positivo tiende a evolucionar conforme a las necesidades de la sociedad. En nuestro caso, constantes y frecuentes son los cambios legislativos que se presentan en todas las áreas del derecho, pero es en el derecho penal donde, extraordinariamente, conviven al mismo tiempo, aunque de manera transitoria, dos sistemas procesales: el sistema de corte mixto, consagrado en la ley 600 del 2000, y el “sistema de querer acusatorio”, regulado en la ley 906 del 2004. Esta circunstancia, hace que el estudio del principio de favorabilidad sea de mucha importancia para la solución de posibles antinomias que se presentan en la aplicación de estos dos estatutos procesales.

El principio de favorabilidad posee una clara connotación de derecho fundamental, puesto que está expresamente incluido dentro del derecho al debido proceso en el artículo 29 de la Constitución, “En materia penal, la

ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

[...]

Dentro del derecho penal, el principio de favorabilidad tiene como presupuestos básicos los siguientes: 1) La sucesión de dos o más leyes en el tiempo; 2) la regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva a consecuencias jurídicas distintas; y, 3), la permisibilidad de una disposición respecto de la otra.

Ante la coexistencia de dos sistemas jurídico-procesales distintos se presentan varias inquietudes: en primer lugar, si es procedente la favorabilidad *en la simultaneidad de normas procesales*; y, en segundo lugar, si es procedente aplicar, por vía de benignidad, disposiciones de la ley 906 del 2004 a casos regidos por la ley 600 del 2000, siendo sus instituciones de tan diversa naturaleza.

La jurisprudencia ha indicado que la medida de valoración para establecer la sustantividad o adjetividad de una disposición, y predicar así la posibilidad o no de la aplicación del principio de favorabilidad, está en la afectación de la libertad individual del procesado y no en su ubicación dentro de un estatuto adjetivo o sustantivo.

La anterior pauta jurisprudencial es de suma importancia para el tema que se debe decidir, puesto que, por disposición del artículo 40 de la ley 153 de 1887, la ley sustantiva es la única que puede ser susceptible de aplicación retroactiva, ultraactiva o retrospectiva.

[...]

En conclusión, como lo expuso el Ministerio Público, las normas que regulan la reducción de la pena tienen efectos sustantivos, pues disciplinan la libertad personal del procesado. Por lo tanto, el inciso primero del artículo 351 de la ley 906 del 2004, *ab initio*, puede ser aplicado retroactivamente a situaciones gobernadas por la ley 600 del 2000, en virtud del postulado de la favorabilidad.

[...]

[...] la Corte Suprema ha reconocido la aplicación de la ley 906 del 2004 a casos regidos en principio por la ley 600 del 2000, dejando expresamente consignado, además, que la favorabilidad se da tanto en la sucesión de leyes como en la vigencia simultánea de las mismas.

[...]

Por su parte, la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha amparado el derecho al debido proceso y ha dispuesto que el beneficio de la rebaja de pena hasta del cincuenta por ciento consagrado en el artículo 351 del nuevo estatuto procesal, debe aplicarse por favorabilidad frente a la disposición del artículo 40 de la ley 600 del 2000, que la reduce a solo un tercio. La siguiente es su línea jurisprudencial.

En la sentencia T-091 del 10 de febrero del 2006, fijó su posición sobre la aplicación favorable del inciso 1° del artículo 351. En efecto, esta sentencia fundamenta su posición en la homologación de las figuras de la aceptación de cargos y la sentencia anticipada, decisión que, además, es retomada en las sentencias T-941, T-797, y T-966 del 2006, y T-356 del 2007.

[...]

En las anteriores condiciones se ofrece clara una postura jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que reconoce la posibilidad de aplicar por favorabilidad las normas de la ley 906 del 2004 a hechos regidos por ley 600 del 2000, sólo que esta eventualidad ha sido negada cuando se trata de la sentencia anticipada que se consagra en la última de las leyes, por considerar que no es una institución sustancialmente igual al allanamiento a cargos que se desarrolla en el primer estatuto.

Sin embargo, las decisiones de la Sala no han sido del todo pacíficas, pues se han presentado salvamentos de voto, que de alguna manera prohijan la postura contraria sostenida por la Corte Constitucional.

Al margen de señalar cuál de las dos tesis es correcta, el propósito de este examen de las líneas jurisprudenciales es el de evidenciar que existen dos posturas, igualmente válidas, que con alcances diferentes han sido acogidas en el seno de esta Corporación y que han suscitado decisiones contradictorias frente a las proferidas por la Corte Constitucional como juez de tutela.

Importa también mencionar que, a pesar de que las últimas decisiones de esta Corporación sobre este tema se han dirigido hacia la imposibilidad de rebajar la pena hasta el cincuenta por ciento a casos no regidos por la ley 906 del 2004, es innegable que la tesis contraria se ha hecho camino a través de las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional en sede de tutela. Por todo ello, en la práctica, la administración de justicia tiene una poca saludable confrontación de decisiones, pues la libertad personal de un procesado depende de la postura del juez que resuelva el caso o, inclusive, del tipo de mecanismos que se escojan para solicitar la libertad, por ejemplo, los recursos propios de un proceso o la acción de tutela, circunstancia que únicamente genera *inseguridad jurídica y trato desigual*.

Según los artículos 206 de la ley 600 del 2000 y 180 de la ley 906 del 2004, la casación penal tiene como una de sus finalidades la unificación de la jurisprudencia nacional, entre otras razones, para garantizar principios como los de *igualdad* y de *previsibilidad* de los ciudadanos frente a la ley, propósito que se erige en baluarte desde los albores del recurso en Colombia.

Bajo esta directriz, la Corte debe optar con fines de unificación de la jurisprudencia por aquella postura que resulte más favorable a los intereses del condenado.

En un Estado social y democrático de derecho, el sistema penal es considerado como el último y más severo de los controles sociales, porque representa una afectación directa al régimen de derechos y libertades que le es propio a todas las personas imputables. En consecuencia, deben primar aquellas interpretaciones que resulten más afectas o cercanas a ese plexo de garantías, en esta hipótesis de trabajo el de la libertad individual tal y como en esta decisión ha sido considerada.

[...]

Reconoce esta decisión que en esta modalidad de Estado, pueden coexistir interpretaciones diversas sobre un mismo punto de derecho, en cuyo caso para garantizar el principio de igualdad y la efectividad misma del principio de favorabilidad, debe primar la opción que más identifique los postulados del sistema jurídico vigente, que en nuestro caso y según los artículos 1,6, 7, 93 de la Constitución Política, es el reconocimiento de la dignidad humana, a partir de la libertad y la igualdad.

[...]

El punto de desencuentro se centra en que para la Sala la filosofía de los preacuerdos y negociaciones que subyace a la terminación anticipada del proceso en la ley 906 de 2004 es la nota diferenciadora que impide la equivalencia de la institución con la de la sentencia anticipada.

Sin embargo, el presupuesto de la tesis tiene un esguince toda vez que en el mismo estatuto procesal, las figuras del allanamiento a cargos y de los preacuerdos se encuentran previstas en capítulos independientes, la primera en el capítulo de la formulación de la imputación, específicamente en el artículo 288.3; ahora, cuando la institución es nuevamente mencionada en el capítulo de los preacuerdos y negociaciones, se hace para trazar sus efectos, es decir, que el imputado que se allana a los cargos accede a una rebaja de pena de *hasta la mitad* y este marco de movilidad le corresponde al juez autónomamente más allá de los criterios que aporten

las partes e intervinientes en la audiencia de individualización de pena y sentencia -artículo 447 de la ley 906 de 2004-.

Lo anterior para indicar que es con la figura del allanamiento a cargos que la sentencia anticipada guarda similitud, en donde entre el imputado y la fiscalía no ha mediado consenso y las consecuencias de ese acto unilateral libre y voluntario no dependen sino del juez dentro del marco de movilidad que la ley confiere *-hasta la mitad-*.

Desde esta observación sí parece que la invocación al principio de favorabilidad es correcta, porque el supuesto de hecho es idéntico: se trata de un ciudadano que admite su culpabilidad en unos hechos y releva al Estado del esfuerzo de la demostración probatoria en juicio; en las dos situaciones la pena no se acuerda, literalmente hablando, porque aquella se dosifica por el juez, conforme a los criterios para su fijación y dentro del marco de movilidad que le confiere el artículo 351 ejusdem, en ninguno de los dos eventos se pactan situaciones procesales sobre la libertad, como subrogados penales; es decir, el fiscal no acuerda con el imputado, la alegación de culpabilidad de aquél, previo conocimiento de los cargos formulados por la fiscalía, lo pone en directa relación con el juez, no con el fiscal, con quien no se estima ni pena, ni subrogados, esto es lo que ocurre también con la sentencia anticipada.

Tampoco es correcto afirmar que el allanamiento a cargos esté condicionado a la reparación integral de los perjuicios ocasionados, lo que se ha destacado como nota diferenciadora para imposibilidad la aplicación del principio de favorabilidad. Lo que ocurre es que esta situación condiciona la relación jurídica entre fiscal e imputado para acordar, pero cuando el ciudadano se allana a los cargos sin mediar acuerdos ni pactos con su acusador, es el juez el que decide, por ejemplo que no es acreedor a una rebaja de la mitad de la pena, sino de una significativamente menor, según se satisfagan los presupuestos axiológicos que se persiguen con la terminación anticipada del proceso.

Entonces, las notas diferenciadoras que se han edificado para desestimar la aplicación del principio de favorabilidad a un sentenciado anticipadamente que pretende acceder al beneficio punitivo del artículo 351 de la ley 906 de 2004, aún ofrecen discusiones profundas las que han marcado la disparidad de los criterios jurisprudenciales y que deben resolverse con una interpretación que desarrolle el principio de igualdad que se afecta cuando el azar marca la suerte del ciudadano, según decida un operador judicial u otro, o cuando el ciudadano acude a la Corte Constitucional para que se pronuncie de manera diferente.

Como se observa razonable interpretar que si bien los acuerdos y negociaciones son notas singulares del nuevo sistema procesal pero el

allanamiento a cargos tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros, la Sala no casará el fallo impugnado, porque una nueva observación indica que esta institución no es específica del nuevo procedimiento, a la misma no subyace una relación consensuada entre fiscal e imputado y por tanto puede ser observada como homologable con la sentencia anticipada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 153 de 1887, art. 40

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29

Ley 600 de 2000, art. 40

Ley 906 de 2004, arts. 288, 351 y 447

Extracto n. ° 251.

Número de radicado	:	31063
Fecha	:	08/07/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] el instituto de allanamiento a los cargos y preacuerdos son diferentes en cuanto a su estructura. El primero se erige en una manifestación unilateral y oral que hace el imputado o acusado de aceptar su responsabilidad, en los precisos momentos procesales señalados en la ley, acto en el cual éste debe ser cabalmente asistido por la defensa y debidamente enterado de las consecuencias jurídicas que trae consigo la aceptación de los mismos.

Mientras que los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350, incisos 1° y 2°, de la Ley 906 de 2004, y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351, inciso 2°, de la citada Ley)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 14 may. 2009, rad. 29473; CSJ AP, 27 abr. 2011, rad. 34829; CSJ SP, 05 sep. 2011, rad. 36502.

1.3 Aceptación o allanamiento a cargos, unilateral o derivada de un preacuerdo, debe corresponder a un acto libre voluntario e informado, para lo cual el juez debe interrogar al imputado

Extracto n. ° 252.

Número de radicado	:	24764
Fecha	:	01/06/2006
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] con el fin de guardar las garantías del imputado, consagra la ley que si éste hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a la etapa del juicio, deberá el juez de control de garantías o de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible que proceda al interrogatorio personal del imputado o procesado -Art. 131⁻³⁵».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 131

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 20 oct. 2005, rad. 24026; CSJ AP, 21 feb. 2007, rad. 26587; CSJ AP, 11 may. 2009, rad. 31326; CSJ AP, 27 abr. 2011, rad. 34829; CSJ SP, 21 mar. 2012, rad. 38500; CSJ AP3347-2015, CSJ SP931-2016, CSJ SP2168-2016, CSJ AP3622-2017, y CSJ SP9379-2017.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1260/05.

1.4 La aceptación o allanamiento a cargos comporta que lo actuado hasta ese momento sea suficiente como acusación: el acta de allanamiento o preacuerdo se presentará en lugar del escrito de acusación

Extracto n. ° 253.

Número de radicado	:	29002
Fecha	:	31/03/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En punto a la práctica de exigir (por parte de algunos jueces) o de elaborar (por iniciativa de algunos fiscales) escrito de acusación una vez pactado el acuerdo, consignado en el acta y suscrita ésta, al igual que signada la que contiene un allanamiento, ningún fundamento legal tiene tal procedimiento y mucho menos ofrece efectos prácticos, como pasa a verse.

En efecto, de conformidad con el art. 293 del CP.P. la aceptación de imputación, bien por allanamiento (“iniciativa propia”)o “por acuerdo con la Fiscalía”, comporta que lo actuado hasta ahí sea “suficiente como acusación”, consecuencia ésta que -para estos efectos- permite asimilar las dos formas de terminación abreviada. Ahora, si se trata de la especie de la negociación, es clara la ley al precisar que el escrito de acusación (propio del desarrollo cabal del esquema procesal) lo será el propio preacuerdo: “obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación” (art. 350 inc.1° se subraya), libelo del cual necesariamente hará parte –entre otros factores- la rebaja de pena que –hasta la mitad- se haya pactado, desde luego en aquellos casos en los cuales de la negociación haga parte el descuento punitivo, pues no hay duda que el convenio puede girar alrededor de temas distintos, como la pena a imponer, los subrogados a reconocer, la variación ventajosa de la tipicidad, la eliminación de agravantes, el reconocimiento de atenuantes, la supresión de un cargo específico, etc. Si se pacta el monto de la reducción de la pena ese aspecto del acuerdo “se consignará en el escrito de acusación” (art. 351 inc. 1°), que no es otro –como ya se comprobó- que el mismo preacuerdo, conforme al reseñado art. 350.

Ahora, la inutilidad de un escrito de acusación de cara a un acta de allanamiento o de preacuerdo es evidente, dado que en el cuerpo de ésta (conforme sucede con la acusación) deben consignarse la individualización

de los acusados, la relación de los hechos jurídicamente relevantes, la relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso, y –en particular- todas las circunstancias de agravación que modifiquen límites punitivos, así como las de mayor punibilidad, unas y otras tanto fáctica como jurídicamente expresadas, pues de no, resultan de imposible aplicación por parte del juez en la sentencia, conforme a reiterada y pacífica doctrina de la Corte. Al fin y al cabo los requisitos del escrito de acusación antes reseñados (art. 337 C.P.P) deben formar parte del preacuerdo, en la medida en que éste es el equivalente a la acusación y que sirve de referente a la congruencia con la sentencia y a su vez en marco dentro del cual el sentenciador proferirá la condena.

Pero hay algo más: cuál es el fin de ese inútil escrito de acusación? de él no se entrega copia a las parte conforme el art. 337 in fine; de él no se corre traslado pues ni existe audiencia preparatoria, que es el escenario natural para ello, según el art. 339; él no va a servir de guía para la contabilización de los términos de libertad, a voces del art. 317 –numerales 4 y 5-; de él no se predicen los requisitos sustanciales para acusar, como son que con base en la información procesal se pueda afirmar con probabilidad de verdad la existencia de la conducta y la calidad de autor o partícipe, porque tales atributos se predicen de la aceptación de cargos; en fin, de ese escrito sobreviniente al acta no se genera consecuencia procesal alguna, pues tales efectos se pregonan es del acta contentiva de la aceptación de cargos.

En cambio sí, su elaboración puede comportar consecuencias indeseadas, como cuando un fiscal lo presenta tardíamente ante el juez, o como cuando a través de él se pretendan incluir agravantes o atenuantes, o – en fin- se busque modificar los términos del preacuerdo. Más grave sería, por ejemplo, que allanado el imputado (y verificada por el juez de garantías la preservación de las mismas), el fiscal introdujera alguna modificación a la tipicidad, o se refiriera a la pena o algún subrogado, todo ello –desde luego- por fuera del marco de su competencia, pues no ha de olvidarse que suscrita el acta (de allanamiento o de preacuerdo) tanto fiscal como juez de garantías pierden competencia para seguir actuando, pues lo hasta ahí adelantado debe remitirse al de conocimiento para que cite a audiencia de individualización de pena (en el primer caso) o audiencia de aprobación del acuerdo si se trata de preacuerdo.

En síntesis, aceptados los cargos por un imputado (por cualquiera de las especies) ni el juez puede exigir, ni el fiscal está obligado a elaborar escrito de acusación, pues el fallador deberá actuar con base en la acusación que llega a su conocimiento, que no es distinta al acta de allanamiento o preacuerdo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 317, 337-4, 337-5, 350 y 351

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AHP, 20 oct. 2008, rad. 30679.

Igualmente, respecto a la temática se recomienda ver la sentencia CSJSP 9379-2017, incluido el salvamento parcial de voto presentado por el Dr. Eugenio Fernández Carlier.

1.5 Principio de congruencia cuando se trata del procedimiento abreviado: excluido el desconocimiento o quebranto de garantías fundamentales, el juez debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral o la que señala los términos del acuerdo

Extracto n. ° 254.

Número de radicado	:	26087
Fecha	:	28/02/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] la Corte estima que el análisis del principio de congruencia, o correlación, como se le denomina en otras legislaciones, debe emprenderse a partir del tipo de proceso de que se trate, como ya lo ha señalado a través de jurisprudencia anterior³⁶, pues opera en forma diversa cuando se trata del procedimiento abreviado, que se sigue cuando el imputado, investigado o acusado, según el estadio procesal donde se haga la respectiva manifestación, acude a una de las formas de terminación anormal del proceso previstas en el capítulo único del Título II del nuevo estatuto adjetivo, esto es, por virtud del allanamiento a los cargos o en los eventos de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el inculcado, y cuando se surte el trámite del procedimiento ordinario.

Así, cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, el principio

³⁶ Entre otras, sentencia de fecha octubre 20 de 2005, Rad. 24026.

de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía en cuanto permita el proferimiento del fallo (art. 351, num. 4° de la Ley 906).

Precisamente, a través de la decisión citada de fecha octubre 20 de 2005, la Corte consignó en punto de la congruencia que debe obrar entre el fallo y el allanamiento a los cargos producido durante la audiencia preparatoria de formulación de la imputación, lo siguiente:

“...Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación” (subrayas fuera de texto).

[...]

Con la Ley 906 de 2004, la aplicación del fenómeno de la congruencia opera en forma similar a lo dicho en relación con la Ley 600 de 2000. En efecto, si lo que se encuentra es que la sentencia se aparta en forma parcial o total de los cargos por los cuales se allanó el procesado, o fueron objeto de negociación o acuerdo con la Fiscalía³⁷, se impone ajustarla a tales parámetros, pero si lo que se advierte es que en el allanamiento, preacuerdo o negociación se desconocieron garantías fundamentales que inciden nocivamente en la actuación procesal, es imperativo decretar su invalidez a partir de ese momento.

En síntesis, para los efectos del principio de congruencia frente a los casos de terminación anormal del proceso dentro del sistema procesal acusatorio, como ya lo ha precisado la Sala, lo que importa destacar es que opera en sentido estricto, a diferencia de lo que ocurre en los eventos en que el proceso se tramita de manera ordinaria. Ciertamente, en estos eventos la congruencia entre acusación y sentencia no puede tener el mismo rigor, por la elemental razón de que la calificación jurídica propuesta en aquella con fundamento en los medios cognoscitivos puede variar como consecuencia del debate probatorio inherente al juicio oral [...].»

NORMATIVIDAD APLICADA:

³⁷ Sentencia de fecha agosto 10 de 2006. Rad. 25196.

Ley 600 de 2000
Ley 906 de 2004, art. 351-4

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 06 abr. 2006, rad. 24668; CSJ SP, 01 jun. 2006, rad. 24764; CSJ SP, 22 ag. 2008, rad. 29373; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32422; CSJ AP, 06 jul. 2011, rad. 35509; CSJ SP, 27 jul. 2011, rad. 35973; CSJ AP, 10 dic. 2012, rad. 39658, y CSJ AP819-2014.

1.6 Principio de no retractación

1.6.1 El implicado puede manifestar que ya no acepta los cargos siempre y cuando lo fundamente en que la aceptación previa no obedeció a un acto voluntario, libre o espontáneo o que fue producto de la violación de garantías fundamentales, no puede ser una afirmación pura y simple

Extracto n. ° 255.

Número de radicado	:	39707
Fecha	:	13/02/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 establece lo siguiente:

“Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. *Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.*

Parágrafo. La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se viojó (sic) su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales” (subrayas fuera de texto).

Es de acotar que la anterior disposición, esto es, la Ley 1453 de 2011 se encontraba ya vigente para el 16 de julio del precitado año, fecha en que se realizó la audiencia de verificación del allanamiento, pues aquélla entró a regir el 24 de junio de esa misma anualidad³⁸. De todas maneras, evidencia la Sala que en punto a la temática objeto aquí de examen la norma no implicó modificación alguna sino que ratificó la regulación precedente, conforme se evidencia de su texto:

“Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia” (subraya fuera de texto).

La Sala en la sentencia del 30 de mayo de 2012³⁹ prohijó el criterio acorde con el cual las normas transcritas, en los apartes subrayados, consagran la facultad para el procesado de retractarse de su allanamiento inicial hasta que haya sido *“examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo”*

Consideró entonces la Corte que la facultad de retractación, extendible desde el momento de aceptarse los cargos en la audiencia de imputación y hasta cuando el juez de conocimiento verifica la legalidad del allanamiento, no requería justificación alguna, sino que bastaba la manifestación expresa del acusado en el sentido de desconocer lo pactado para compeler al funcionario judicial a admitirla y, por consiguiente, a disponer tramitar el asunto por los cauces del procedimiento ordinario. Sobre el particular, la Sala puntualmente expresó en la remembrada decisión:

“... la facultad otorgada en el inciso segundo del artículo 293 del estatuto procesal para retractarse del allanamiento hasta antes de que se le imparta aprobación o legalidad por el juez de conocimiento no requiere de justificación alguna, pues el relacionado con vicios de consentimiento o situaciones

³⁸ Diario Oficial No. 48110 de junio 24 de 2011.

³⁹ Radicación 37668.

similares al momento de expresarlo o por transgresión de garantías fundamentales puede ser alegado en cualquier estadio de la actuación procesal, incluso en sede de casación o de revisión, de llegar a configurarse, claro está, alguna de las causales consagradas de forma taxativa para tal efecto⁴⁰.

No de otra forma se concebiría, además, que el legislador haya establecido el referido interregno procesal específico para expresar la retractación al señalar que “Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación”, lo cual da cuenta de un preciso espacio procesal para manifestar la retractación comprendido entre el momento de la aceptación y el de su aprobación posterior, a cargo del juez de conocimiento”.

Sin embargo, la Corporación juzga imperioso en esta oportunidad modular el anterior pronunciamiento para ratificar la postura según la cual la disposición confiere, en efecto, al imputado la posibilidad de retractarse, pero modificándola en el sentido de que el entendimiento lógico y coherente de la misma exige la fundamentación de dicha manifestación, sustento orientado a poner de presente que la aceptación no obedeció a un acto voluntario, libre o espontáneo o que fue producto de la violación de garantías fundamentales.

Para cimentar este nuevo criterio, la Corte estima primeramente necesario insistir en señalar que la función del juez de conocimiento, en lo relativo al acta de aceptación de cargos o a los acuerdos suscritos con la Fiscalía, no se reduce a la de un simple fedatario de lo realizado ante el juez de control de garantías, sino que le compete ejercer una verificación formal y material de dichos actos. Al respecto, ha dicho:

“Un estudio sistemático de la nueva normatividad procesal penal permite afirmar que el Juez de conocimiento, en ejercicio del control de legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la Fiscalía, debe realizar, en principio, tres tipos de constataciones: (i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento⁴¹, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad”.

⁴⁰ Cfr. Auto de marzo 10 de 2010, rad. 33505.

⁴¹ En la audiencia de formulación de la imputación, este control lo realiza en principio el Juez de garantías (Cfr. Casación 25248 de 5 de octubre de 2006).

La facultad de verificar que el allanamiento a cargos esté exento de vicios, se infiere del contenido de los artículos 8° literal i), 131, 293 y 368 inciso primero, (...)

La potestad del Juez de examinar que la aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, no desconozca los derechos fundamentales, surge del contenido de los artículos 10°, 351 y 368 inciso segundo, (...)

Y la obligación de verificar que exista un mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la tipicidad de la conducta imputada al procesado, y su autoría o participación en ella, proviene nítida del contenido de los artículos 7°, 381 y 327,...”⁴² (subrayas fuera de texto).

Sobre ese rol activo del juez de conocimiento también se ha referido la Corte Constitucional, particularmente cuando asumió el estudio de exequibilidad del literal a del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, relacionado con la renuncia a los derechos de no autoincriminación y adelantamiento de un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación probatoria y sin dilaciones injustificadas. Sobre el particular expresó:

“...no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor. Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso”⁴³ (subraya fuera de texto).

⁴² Sentencia de 30 de noviembre de 2006, radicación 25108. Así también, entre otras, sentencia de julio 8 de 2009, radicación 31531.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005.

Es necesario, de otra parte, tener en cuenta que el mecanismo de terminación anticipada del proceso fundada en la aceptación de los cargos o proveniente de la suscripción de un acuerdo se enmarca en un sistema de partes, asentado entonces en el principio adversarial, al amparo del cual los sujetos contendientes se enfrentan para sacar adelante su teoría del caso, contando el imputado, de todas maneras, con la facultad de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, conforme lo prevé el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

En dicho escenario el procesado se allana a la pretensión punitiva de la Fiscalía o pacta con ese organismo los términos de la imputación y/o de la pena, adquiriendo en ambos casos tales manifestaciones el carácter de acusación, conforme lo señala la parte inicial del artículo 293 de la Ley 906 de 2004.

Bajo esa perspectiva, no resulta factible que un compromiso de tal envergadura, al punto –se insiste– de convertirse en la acusación base de la posterior actuación procesal y, desde luego, de la sentencia condenatoria así propiciada, pueda ser desconocido por el acusado mediante una manifestación pura y simple de estar arrepentido del mismo, pasando por encima sin más del querer de la Fiscalía y de principios rectores tales como la eficacia del ejercicio de la justicia previsto en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 y la irretractabilidad que opera en las decisiones voluntarias, libres y espontáneas donde se admite en forma anticipada la responsabilidad penal, principio este último al cual se ha referido la jurisprudencia de la Sala de tiempo atrás⁴⁴ y que se deriva del deber de lealtad, hoy en día previsto en el artículo 12 *ibídem*, a cuyo tenor *“todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe”* (subraya la Sala).

De ahí entonces que una interpretación razonable de la segunda parte del inciso primero del artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, apunta a entender que la retractación allí regulada sólo procede si se evidencia que el allanamiento o el acuerdo no obedecieron a un acto voluntario, libre y espontáneo o que en desarrollo de esos actos se vulneraron las garantías fundamentales.

Será deber, por tanto, del acusado o de su defensor exponer fundamentadamente las razones de la retractación referidas, se repite, a los supuestos antedichos, tras lo cual corresponderá al juez de conocimiento tomar la decisión de rigor, ponderando los motivos alegados y los elementos probatorios aducidos para respaldar la solicitud. La determinación así

⁴⁴ Así, entre muchas, sentencias del 28 de octubre de 1996, radicación 10578 y del 7 de abril de 2010, radicación 33117.

adoptada, sobra decirlo, podrá ser objeto de los recursos ordinarios previstos en la ley.

Lo anterior no implica, sin embargo, la improcedencia de una retractación posterior por parte de los imputados, pues así lo autoriza el parágrafo del comentado precepto procesal, eventualidad que puede darse, como lo determina la norma, *“siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vicio (sic) su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales”*.

Aun cuando, sea del caso señalar, el legislador incurre en un error conceptual, pues propiamente en los anteriores eventos no resulta apropiado referir a una *“retractación”*, entendida como el acto voluntario y libre de arrepentimiento frente a la aceptación de la responsabilidad delictiva, sino a un vicio que afecta la validez de dicho acto y que, además, no requiere para su perfección de la mera manifestación del inculpatado. Es necesaria, adicionalmente, como ya se dijo, una declaración judicial a partir del estudio de las circunstancias alegadas para sustentar el vicio que supuestamente afectó el consentimiento o erigió vulneración de garantías fundamentales, irregularidades constitutivas de nulidad procesal que, de concurrir alguna de ellas, obligaría al juzgador a retrotraer la actuación para rehacerla con sujeción a la legalidad.

De todas maneras, se impone precisar, pues así surge del contexto del parágrafo de la disposición objeto de examen y del principio de preclusividad de los actos procesales, que esa posterior *“retractación”* sólo será admisible cuando se invoque un motivo diferente al que se hubiere ventilado al momento de efectuarse el control de legalidad de la aceptación de cargos o del acuerdo. Si no es así, la manifestación resultará *asaz* improcedente.

La postura ahora sentada por la Sala, advertido sea, armoniza con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional cuando se pronunció sobre la exequibilidad de parte del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, en cuanto sobre el particular sostuvo inicialmente que *“... una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante”*.

Para después expresar:

“Así mismo, no puede perderse de vista que, en el caso de los acuerdos, la manifestación de voluntad del imputado concurre con la del Fiscal y por ello

la introducción de la posibilidad de retractación del primero implicaría la disolución de aquellos, desconociendo la voluntad del Estado expresada a través de la Fiscalía. En este sentido, es significativo que la expresión impugnada prohíbe la retractación “de alguno de los intervinientes”, o sea, también la de esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes”.

Concluyendo en lo siguiente:

“En este orden de ideas, la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho” (subrayas fuera del texto original).

En esas condiciones, se reitera, la manifestación desconocedora de la aceptación de responsabilidad resulta válida siempre y cuando el imputado la presente debidamente soportada en la ocurrencia de un vicio del consentimiento o en la violación de garantías fundamentales, debiendo expresarla, en todo caso, en el momento de celebrarse la audiencia regulada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 o posteriormente, siempre y cuando invoque motivo distinto al alegado en dicha diligencia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 10, 12, 131 y 293
Ley 1453 de 2011, art. 69

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 17 oct. 2012, rad. 33145; CSJ AP832-2014, CSJ SP11726-2014, CSJ AP895-2015, CSJ AP1659-2016, y CSJ SP9379-2017.

Extracto n. ° 256.

Número de radicado	:	45495
Número de providencia	:	SP9379-2017
Fecha	:	28/06/2017
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

“La imposibilidad de retractación es una limitación justificada en pro de materializar una debida administración de justicia penal *abreviada*.⁴⁵Entre otras consecuencias, el allanamiento a cargos entraña la *renuncia* del imputado a ser juzgado públicamente (art. 250-4 de la Constitución), así como a las prerrogativas inherentes a este derecho fundamental. Ello se extracta del art. 8° lits. b), j) y k) del C.P.P. Quien acepta la imputación no sólo se autoincrimina, sino que *desiste a solicitar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra*, a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial y con intermediación de las pruebas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate.”

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250 -4
Ley 906 de 2004, art. 8° lits. b), j) y k)

1.7 Interés para recurrir la sentencia proferida después de la aceptación unilateral o bilateral de los cargos

1.7.1 Limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía –principio de irretractabilidad–.

Extracto n. ° 257.

⁴⁵ Sobre el particular, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, expuso la Sala: “*en respeto al principio de la buena fe, a la lealtad procesal y para ofrecer seguridad al sistema acusatorio, en los casos en que el procesado renuncia a sus garantías para admitir su compromiso penal rige el principio de irretractabilidad el cual lo inhibe para revocar expresa o tácitamente los términos del allanamiento o el acuerdo, ora para deshacerlos o modificarlos, no de otra forma se desdibujaría el propósito de la política criminal de lograr una rápida y eficaz administración de justicia*”.

Número de radicado	:	33145
Fecha	:	17/10/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La Corte ha precisado, asimismo, que la existencia o inexistencia de interés para recurrir, aspecto que importa destacar en el presente caso, se vincula con el concepto de agravio. Si la parte procesal ha sufrido perjuicio con la decisión, porque es en todo o parte desfavorable a sus pretensiones, tendrá en principio derecho para impugnar, y por el contrario, si no recibe perjuicio con la decisión, por ser en todo favorable a sus pretensiones, carecerá de interés para demandar su revisión⁴⁶.

En aplicación de estas directrices, la doctrina y la jurisprudencia penal han entendido que el sujeto procesal carece de interés para recurrir en casación cuando la sentencia impugnada satisface integralmente sus pretensiones, bien porque acoge sus posturas defensivas, **o porque se dicta en total correspondencia con los acuerdos que ha realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada**, y que tampoco tiene interés para hacerlo cuando siendo la decisión desfavorable es consentida por el afectado⁴⁷.

Por esto tiene establecido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado los cargos imputados, el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los acuerdos, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento, se tornaría irrealizable.

La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irrevocabilidad⁴⁸, que

⁴⁶ Cfr. Auto casación de 11 de abril de 2007. Rad. 26645

⁴⁷ Casación 15488 de 16 de julio de 2001 y Casación 24026 de 20 de octubre de 2005.

⁴⁸ Artículo 37 B numeral 4° del Decreto 2700 de 1991, artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y 293 de la ley 906 de 2004. Esta última disposición, modificada por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, según la cual:

“Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo

comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que *“una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia”*⁴⁹.

Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el fallo anticipado se produce con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para pretender su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 293

Ley 1453 de 2011, art. 69

Extracto n. ° 258.

sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para individualización de la pena y sentencia.

Parágrafo. La retractación por parte de los imputados que acepten los cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales” (negritas no originales).

⁴⁹ Sentencia C-1195 de 2005

Número de radicado	:	39566
Fecha	:	28/08/2013
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] se ha sostenido que en la hipótesis en que el inculcado acepta la imputación -por allanamiento o preacuerdo en alguna de las oportunidades que la ley procesal auspicia el mismo-, las propias normas rituales han excluido la posibilidad de la retractación y por consiguiente, no dan vía a discrepar con la sentencia mediante la incoación de los recursos, cuando es emitida congruente con dicha expresión libre, consciente, voluntaria y plenamente garante de los derechos fundamentales, con asistencia de su abogado defensor.

Es que de manera expresa el artículo 293 de la Ley 906, ha dispuesto:

“Artículo 293. Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y la sentencia”

Regulación normativa de la ley que ha sido declarada ajustada a la Carta Política por la Corte Constitucional en la sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005, al señalar que la misma guarda armonía con el sistema acusatorio en que está inserto y es por ello consecuente con el ejercicio de la facultad que tiene el indiciado de participar en la solución del conflicto social generado a partir de la comisión delictiva, renunciando por tanto a algunas garantías -tales como el adelantamiento de un juicio oral, público, concentrado, contradictorio, con intermediación probatoria etc.-, en virtud de la aceptación de los cargos por iniciativa propia o de la celebración de acuerdos bilaterales con la Fiscalía en procura de finiquitar anticipadamente el proceso procurándose a cambio un descuento de la pena imponible.

Cobijados por los principios de lealtad y buena fe, todos estos presupuestos restringen la posibilidad de que el inculcado se muestre contrario al allanamiento o preacuerdo cuando se materializa en la sentencia si ésta concuerda plenamente con los términos previamente convenidos y no desconoce o quebranta las garantías fundamentales.

Restringida por tanto la viabilidad de impugnar una sentencia que ha culminado como efecto de allanamiento a la imputación o preacuerdo con la Fiscalía, con estricta exclusividad a aquellas hipótesis de violación de garantías, es muy claro que cuando el inculcado renuncia al juicio oral, bajo el entendido que dicha solución pactada en procura de obtener una rebaja punitiva ha sido la resultante de que el indiciado sopesa directamente el grado de compromiso que tiene frente al delito, esto es, que dada la valoración de su propia situación frente a la imputación delictiva que se le hace y la conveniencia de asumir las consecuencias penales del mismo en forma anticipada o acelerada, ello apareja, entre otros efectos, que la declaración de su responsabilidad no se defina en un juicio oral y abierto con debate probatorio, pues es bien sabido que la decisión no se funda en pruebas, bajo el técnico sentido que la esquemática procesal de la Ley 906 de 2004 ha contemplado, sino en lo que se denomina elementos materiales probatorios, evidencia física e informes compilados por la Fiscalía.

Bien se ha resaltado el carácter vinculante que tiene el allanamiento o acuerdo para el juez y para los sujetos procesales, de manera que si la sentencia se aviene al mismo y no hay quebranto de garantías, resulta inaceptable retractarse a través del empleo de los recursos ordinarios y extraordinario de casación por carecerse de interés jurídico para ello.

Bajo estas premisas, emerge evidente la inviabilidad absoluta de la casación en este caso, visto que la sentencia fue producto de un preacuerdo entre la Fiscalía y los procesados, con asistencia del mismo abogado defensor que hoy incoa el recurso extraordinario, con mayor razón cuando por el contenido del libelo no se evidencia el cometido de evidenciar quebrantos de garantías, sino que se dan tumbos al interior de la vía indirecta de violación a la ley sustancial que involucra al propio tiempo errores de derecho, violaciones directas, duda probatoria, falso juicio de convicción y menoscabo de los principios de la sana crítica, todo lo cual realmente compromete en términos reales una inaceptable retractación vedada por la ley.

La inadmisión de la demanda es la medida de los reparos esbozados».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 293

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 20 oct. 2005, rad. 24026; CSJ AP, 22 may. 2008, rad. 29476; CSJ AP, 15 sept. 2008, rad. 30006; CSJ SP, 08 jul. 2009, rad. 31531; CSJ AP, 09 jun. 2010, rad. 33834; CSJ AP, 22 jul. 2010, rad. 33817; CSJ SP, 02 nov. 2011, rad. 35361; CSJ AP, 04 sep. 2012, rad. 39639; CSJ AP, 28 ag. 2013, rad. 41295; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 39950; CSJ AP4261-2014, CSJ AP4957-2014, CSJ AP6545-2014, CSJ SP11726-2014, CSJ AP3355-2015, CSJ AP8303-2016, CSJ AP465-2017, y CSJ SP9379-2017.

1.7.2 El procesado tiene facultad para discutir en apelación y casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma, aspecto éste último que le está vedado controvertir cuando preacuerda los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y cuando el Juez los haya respetado

Extracto n. ° 259.

Número de radicado	:	24026
Fecha	:	20/10/2005
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Es de la esencia del proceso penal acusatorio que un juez imparcial decida en un juicio público con inmediación y controversia probatoria acerca de la responsabilidad del procesado, en el contexto de un sistema que da cabida, de una parte, a la aplicación del novísimo principio de oportunidad, y de otra, a trámites que permiten decidir anticipadamente sobre el objeto del proceso sin controversia probatoria ni juicio.

La aceptación de cargos es precisamente una de las modalidades de terminación abreviada del proceso, que obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso penal, con miras a que el imputado resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte, y de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.

En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, que decide allanarse a los que le fueron formulados en la

audiencia imputación con el fin de obtener una rebaja significativa en el quantum de la pena –como ocurre en este caso–, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del Juez, la lesividad del comportamiento, o a aducir causales de justificación o de inculpabilidad.

En otras palabras, luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (*artículos 131 y 294 de la ley 906 de 2004*). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.

Por lo mismo, y es una primera conclusión, la demandante **carece de interés para controvertir en sede de casación** (y desde luego también en las instancias) **aspectos relacionados con el injusto y su responsabilidad**. En consecuencia, la Corte se abstendrá de considerar, por esas razones, el tercer cargo de la demanda.

Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez **no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación**.

De ello se sigue una segunda conclusión: el procesado tiene facultad para discutir en apelación y posteriormente alegar en casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma, aspecto éste último que le está vedado controvertir a quien precaverda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y cuando el Juez, como le corresponde, los haya respetado (inciso 4 del artículo 351 ley 906 de 2004)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004 art.131 y 294

Extracto n. ° 260.

Número de radicado	:	28772
---------------------------	---	-------

Fecha	:	30/01/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Con todo, es preciso aclarar que en ámbito de la Ley 906 de 2004, se exceptúa la regla que restringe la impugnación de los fallos de instancia obtenidos previo allanamiento a cargos, cuando se trata de remover a través de los recursos alguna causa que produzca la afectación sustancial del debido proceso o la vulneración de las garantías fundamentales; problemática que, por lo general, es enmendable por vía de nulidad; y también es válida la impugnación por motivos diferentes, pero en todo caso ajenos al contenido de la conducta y la culpabilidad aceptadas, tales como el monto de la pena y las condiciones en que ha de cumplirse la misma.

Sólo en hipótesis como las anteriores, que distan mucho de la retractación, es factible recurrir la sentencia propiciada por el allanamiento a cargos; y en particular, podría interponerse el recurso extraordinario, debido a que la casación tiene por fines “*la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia*” (Artículo 180, Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004).

Así lo indicó la Sala en auto del 24 de julio de 2007 (*radicación 28433*):

“Si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, igualmente es verdad que esas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica: deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada.”.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 17 abr. 2013, rad. 39276; CSJ AP169-2015, y CSJ AP8303-2016.

1.8 Participación del Ministerio Público en los allanamientos y preacuerdos –interés para recurrir–

Extracto n. ° 261.

Número de radicado	:	39892
Fecha	:	06/02/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La Corte tiene dicho que desde el mandato del artículo 277 constitucional el legislador procesal de la Ley 906 del 2004 determinó que era viable la participación activa del Ministerio Público dentro del trámite judicial, no como un interviniente especial (que lo es la víctima), sino como un organismo propio dentro del proceso penal (sentencia del 5 de octubre de 2011, radicado 30.592), en aras de cumplir con los fines superiores que le corresponden: la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales.

Esa participación debe ejercerla sin que le sea dable alterar el equilibrio que debe prevalecer dentro del proceso, en el entendido que este se desarrolla por la contradicción entre dos partes que asumen el debate en igualdad de condiciones (Fiscalía y defensa). Por ello, sus intervenciones no pueden apuntar a lograr que la balanza se incline en pro o en contra de alguna de esas partes.

En el tema de allanamientos y preacuerdos, en el fallo reseñado, la Corte dijo:

*“En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, **habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada**, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, eventualmente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos.*

A este respecto no puede perderse de vista que el ejercicio de la acción penal constitucionalmente se halla adscrita a la Fiscalía, quien actúa por medio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, y que de igual modo el imputado tiene el derecho de participar en las actuaciones judiciales que lo afecten, a tal punto de renunciar a algunos derechos conferidos por el ordenamiento, a cambio de obtener una pronta definición de su caso y el reconocimiento de algunos beneficios a los que no podría acceder si el proceso transita por el sendero ordinario.

Sin embargo todas estas manifestaciones de justicia consensuada, no sólo deben estar regidas por la legalidad, sino que no deben afectar derechos de terceros, pues si esto ocurre, se activa la legitimidad del Ministerio Público

para intervenir ante la eventual trasgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, los cuales son indisponibles por las partes involucradas. Igual acontece si los acuerdos contrarían el ordenamiento interno o desconocen el derecho internacional humanitario, o versan sobre infracciones graves a los derechos humanos, sobre las cuales no puede mediar negociación alguna por ser contrarias a los compromisos internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la Ley”.

Por modo que, por regla general, al Ministerio Público le está vedado oponerse a las acusaciones originadas en allanamientos o preacuerdos, admitiéndose como única excepción la acreditación de manifiestas vulneraciones a las garantías fundamentales, evento en el cual está facultado para hacer las postulaciones respectivas y, en el supuesto de decisiones adversas, acudir a los recursos de ley.

Para interponer medios de gravamen contra las decisiones judiciales, no basta con ostentar la condición de sujeto procesal (legitimación dentro del proceso), que no cabe duda que en su condición de órgano propio dentro del juicio penal tiene el Ministerio Público; se impone como requisito adicional y necesario que se cuente con legitimidad en la causa o interés jurídico para recurrir, que surge del daño real, del agravio que la decisión cuestionada cause a quien postula la impugnación.

En el caso del Ministerio Público la legitimidad para interponer recursos parte de los lineamientos ya reseñados, que en el caso del allanamiento a cargos exige que, en condiciones normales, no puede oponerse al mismo, máxime cuando, como en el presente evento, no acreditó que los cargos propuestos y admitidos sin reserva constituyeran una flagrante lesión a derechos fundamentales, además de que la oposición la hizo consistir en que la tipicidad deducida como homicidio simple, debía ser agravada, sin que, como se verá a espacio más adelante, la causal de calificación esgrimida tuviese existencia real.

Como el Ministerio Público no acreditó una evidente lesión a los derechos fundamentales, se encontraba deslegitimado para cuestionar la tipificación que de la conducta hizo la Fiscalía.

Pero la carencia de interés jurídico para recurrir surge también de la intervención del agente del Ministerio Público en los actos que originaron el rechazo a la admisión de cargos.

En efecto, en audiencia del 9 de agosto de 2010 la Fiscalía imputó al procesado cargo como autor del delito de homicidio simple previsto en el artículo 103 del Código Penal y el juez de garantías corrió traslado al Ministerio Público, quien expresamente manifestó no tener objeción alguna respecto de la imputación formulada.

Las instancias procesales son preclusivas, de tal forma que si el Ministerio Público tenía reparos respecto de la adecuación típica hecha por el ente acusador ha debido plantearlos en el momento oportuno en que se le habilitó la participación en la audiencia del 9 de agosto.

Pero no solamente no hizo cuestionamiento alguno, sino que, por el contrario, expresamente se pronunció por la legalidad del acto de imputación, que de necesidad incluía el proceso de adecuación típica.

En esas condiciones, el Ministerio Público carecía de legitimidad para, en una audiencia posterior, reclamar la nulidad del acto de allanamiento, postulación que finalmente dio al traste con el fallo adelantado. Y no tenía interés jurídico para proponer esa causa, en tanto, a pretexto de una supuesta invalidación, lo que realmente pretendía (y logró) era que la tipicidad se agravara, esto es, lo que en verdad hizo fue revivir instancias ya fenecidas, pues el momento para hacer ese tipo de censuras fue el concedido en la audiencia de imputación del 9 de agosto, que dejó vencer, y no en silencio, sino que de manera expresa prohijó la adecuación de la Fiscalía.

Por manera que la posterior petición de nulidad ha debido negarse por la carencia de legitimidad del Ministerio Público».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 277
Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 05 oct. 2011, rad. 30592, y CSJ SP5210-2014.

1.9 Participación de la víctima en los allanamientos y preacuerdos

Extracto n. ° 262.

Número de radicado	:	43959
Número de providencia	:	SP16816-2014
Fecha	:	10/12/2014

Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La Corte, atendiendo la postulación del Ministerio Público, encuentra necesario llamar la atención de fiscales y jueces respecto de lo necesario que se torna que, previo a realizar acuerdos y avalar los mismos, la víctima del delito sea escuchada.

Bastante tinta, en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, ha corrido en los últimos lustros sobre las condiciones especiales de que debe rodearse a la víctima dentro del proceso penal, en aras de su protección y el restablecimiento de sus derechos a la verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición. En modo alguno pueden desconocerse esas potestades irrenunciables, que, por el contrario, deben consolidarse y reforzarse cada día.

De ello deriva que, tratándose de situaciones de terminación anticipada del proceso, la Fiscalía tiene la carga ineludible de contar con la participación activa del sujeto pasivo del delito en las actas de preacuerdo y dejar expresa constancia de sus pretensiones.

En modo alguno se trata de que el convenio quede supeditado a la voluntad de la víctima, sino que se cumpla con el deber de escucharla y dejar plasmadas sus pretensiones.

Lo anterior se torna más exigente cuando se trata de situaciones en donde las partes conviene pedir al juez conceda descuentos punitivos relacionados con la reparación integral de las víctimas, como que tal estipulación debe partir de la acreditación necesaria precisamente de que aquellas han sido indemnizadas por todos los daños y perjuicios, materiales y morales, causados con la infracción.

En el caso en estudio, se observa que en el acta de preacuerdo del 11 de octubre de 2013 no existe constancia alguna de que se hubiese convocado a la víctima, como tampoco de las razones de su inasistencia, pero todo indica que no fueron buscadas y que en modo alguno eligieron no asistir.

Los registros reflejan que los ofendidos no eludieron la comparecencia al proceso. Por el contrario, tanto personalmente como por escrito dejaron expresa constancia de su interés por aceptar la indemnización, de relacionar los daños reales causados, tener lo estipulado en el convenio como una indemnización parcial y finalmente acordar con el acusado la totalidad de la reparación y recibirla.

[...]

Dicho lo anterior, se observa que, no obstante esa irregular situación, de parte de acusado y ofendidos se presentó una actividad prolija que concluyó en que finalmente se pusieron de acuerdo respecto de la indemnización de los daños y perjuicios, que aquellas recibieron a satisfacción.

[...]

En esas condiciones, si bien el preacuerdo parece haberse celebrado sin cumplir las exigencias formales ya reseñadas, todo indica que el actuar posterior de víctimas y acusado, hoy por hoy, habría convalidado el yerro, desde donde se impone dar prevalencia a lo sustancial sobre las formas y, así, tener como válido el acuerdo, en tanto en la actualidad los perjudicados con el delito, que no fueron escuchados previamente, se han hecho oír, pudieron expresar sus pretensiones y acordar y recibir el pago de las mismas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 23 de abr. 2008, rad. 29542; CSJ SP13939-2014, CSJ SP 16816-2014, y CSJ SP, 12 dic. 2014, rad. 37076.

Extracto n. ° 263.

Número de radicado	:	43773
Número de providencia	:	AP6436-2014
Fecha	:	22/10/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SENTENCIA

«En el plenario consta que las víctimas tuvieron representación y posibilidad de intervención durante todas las etapas del proceso, por lo que sus derechos se garantizaron, tanto así que el apoderado asistió a la audiencia de imputación de cargos, justamente cuando sobrevino la aceptación de ellos por parte del ahora acusado.

Pareciera que el letrado entiende que la participación de la víctima en casos de preacuerdos o allanamientos, incluye un poder de veto, lo que en realidad difiere de lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia que él mismo trae a colación en la demanda de casación.

En efecto, lo que ese alto tribunal sostuvo fue que ella debe ser oída a efectos de lograr una mejor aproximación a los hechos y a las circunstancias que lo rodearon y así preparar con mayor rigor su intervención posterior, pero no le reconoció la potestad para frustrar el acto. Así lo consignó en CCo. C-516 de 2007:

Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°).

Así mismo, preservada la intervención de la víctima en los términos de esta sentencia, aún retiene la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (Art.351. inciso 6°); así mismo conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (Arts. 20 y 176), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (Art. 102).

Por las razones anteriores, la demanda será inadmitida y la Corte no advierte la necesidad de penetrar oficiosamente en el fondo del asunto para cumplir con alguna de las finalidades de la casación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

1.10 Procedencia de la aceptación parcial de cargos –derivada de un allanamiento o preacuerdo–

Extracto n. ° 264.

Número de radicado	:	36367
Fecha	:	07/12/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Desde la voluntad del acusado existen normas expresas (artículos 353 y 367 de la Ley 906 del 2004) que lo facultan para aceptar total o parcialmente los cargos propuestos, disposiciones que nada obsta para aplicar tanto en eventos de preacuerdos como de allanamientos. Así expresamente lo ha dicho la Corte (auto del 15 de septiembre de 2010, radicado 34.787):

“Dígase, finalmente, que son viables las aceptaciones parciales de la responsabilidad penal (artículo 353 del C. de P. P.), evento en el que los beneficios correlativos se extienden exclusivamente a las conductas objeto de preacuerdo, allanamiento, etc....”

Si los mecanismos de procedimiento abreviado y justicia premial (allanamientos, preacuerdos, negociaciones con la fiscalía) en los casos de aceptación total o parcial de responsabilidad no se ven afectados, sigue siendo garantía optativa de la defensa (material y técnica) la de aceptar la responsabilidad penal en aras de obtener beneficios penológicos, porque la aceptación –total o parcial- de la responsabilidad es una estrategia defensiva válida que incumbe al ámbito de la autonomía de parte... “definir su propia conducta procesal”⁵⁰...”.».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 353 y 367

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP4494-2015.

1.11 Viabilidad de aprobar parcialmente los preacuerdos o allanamientos

Extracto n. ° 265.

⁵⁰CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, sentencia del 30 de septiembre de 2009, rad. núm. 31628.

Número de radicado	:	36367
Fecha	:	07/12/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La Corte ha tenido ocasión de decantar la viabilidad de que el juzgador proceda a aprobar acuerdos o allanamientos de manera parcial, en el entendido de la inexistencia de disposición legal que imponga la obligación de la admisión de la totalidad (confrontar sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27.759).

La validación del juzgador deriva de la legalidad de lo acordado, en el entendido de que el acto no comporte violación de garantías fundamentales. Por tanto, si observa que lo último acontece solamente respecto de alguno o algunos de los cargos imputados, así debe declararlo, pero exclusivamente sobre aquellos afectados de vicios, lo cual no es obstáculo para que habilite los restantes cuando se ajusten a la legalidad».

Extracto n. ° 266.

Número de radicado	:	27759
Fecha	:	12/09/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«No existe previsión legislativa con carácter de mandato –imposición– al juez para que apruebe o impruebe los preacuerdos “*en su totalidad*”; al contrario, lo que la ley dice es que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento **salvo** que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales (Art. 351 inciso cuarto).

Los preacuerdos y negociaciones en materia penal **no** tienen la misma fuente civilista en la que el comprador adquiere ciertos bienes que acceden la cosa principal objeto del contrato⁵¹. Cuando el juez del conocimiento (individual

⁵¹ Cfr. ARTICULOS 658 del C.C.; Inmuebles por destinación. Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

Las losas de un pavimento.

Los tubos de las cañerías.

Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.

Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla.

Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste.

o colectivo), que por antonomasia es juez de garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la Ley, así debe declararlo, como debe declarar al mismo tiempo qué parte del preacuerdo obedece la ley, en esencia porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho.

Uno de los principios que orientan las nulidades es precisamente la “*instrumentalidad de las formas*”, en virtud del cual no se declarará la invalidez del acto cuando cumple la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (Cfr. Artículo 310 num. 1 de la Ley 600 de 2000). Este principio es aplicable en el sistema acusatorio sencillamente porque se trata de un precepto de carácter axiológico.

En síntesis: la aprobación parcial de los preacuerdos es legítima tanto como anular parcialmente los preacuerdos y negociaciones en lo que no se ajusten a la legalidad.

[...]

La Sala encuentra correcta la aprobación parcial de preacuerdos porque en los temas válidamente consensuados se elimina la controversia, porque es una garantía fundamental –*inter partes*– el derecho al proceso sin dilaciones injustificadas. Lo pertinente en tales eventos es la ruptura de la unidad procesal (artículo 53 – 2 del C. de P.P.) y la tasación de la pena por las conductas válidamente consensuadas.

Entre tanto, cuando el juez del conocimiento –que es constitucional por excelencia– advierta un error de legalidad, de garantía o de estructura en el proceso del sistema penal colombiano, lo procedente es –*y sigue siéndolo*– que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad –total o parcial– del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error *in procedendo*.

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio.

ARTICULO 716. DERECHOS SOBRE LOS FRUTOS NATURALES. Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario.

Así, los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra.

Así también las pieles, lana, astas, leche, cría y demás productos de los animales, pertenecen al dueño de éstos.

ARTICULO 1885. <VENTA DE SEMOVIENTES HEMBRAS>. La venta de una vaca, yegua u otra hembra, comprende naturalmente la del hijo que lleva en el vientre o que amamanta; pero no la del que puede pacer y alimentarse por sí solo.

ARTICULO 1886. <VENTA DE FINCA>. En la venta de una finca se comprenden naturalmente todos los accesorios que, según los artículos 658 y siguientes, se reputan inmuebles. Etc.”.

Todo ello en favor de preacuerdos o negociaciones con observancia de los presupuestos de legalidad y de constitucionalidad».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 53 – 2, 351, 353 y 367

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP931-2016.

1.12 Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no procederá ninguna rebaja por allanamiento o preacuerdo

Extracto n. ° 267.

Número de radicado	:	30299
Fecha	:	17/09/2008
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«ALCANCE DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098 DE 2006

Con la expedición de la Ley de la Infancia y la adolescencia, a más de reproducirse algunas de las normas consignadas en el Código del Menor derogado –Decreto 2737 de 1989–, se instituyeron varias figuras de alcance penal, encaminadas a brindar un ámbito de protección mayor y más efectivo a ese grupo específico de personas, en seguimiento de puntuales normas constitucionales que demandan un plus de atención en su favor, en prevalencia sobre los derechos de los demás.

Bajo esta preceptiva, el artículo 199 de la Ley 1098 en cita, consagra:

“Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la

libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.*
- 2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*
- 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de perjuicios.*
- 4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.*
- 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.*
- 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.*
- 7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”. Previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.*
- 8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.”

Una primera apreciación de la norma permite advertir cómo en ella el legislador, por política criminal, introduce una forma de limitar, o mejor, eliminar, beneficios legales, judiciales y administrativos, que no asoma insular o extraña a nuestra tradición legislativa en materia penal, dado que en el pasado se ha recurrido a similar método, el cual, no huelga resaltar,

ha sido avalado por la Corte Constitucional, por entenderlo propio de la libertad de configuración legislativa que atañe al Congreso de la República.

Entonces, no es posible advertir de entrada, por la sola imposición de restricciones draconianas a un grupo especial de delitos, en este caso hermanados por la condición particular de la víctima –infante o adolescente–, que ello constituya, *per se*, una circunstancia violatoria de derechos o registre de entrada su inconsonancia con la normatividad constitucional, para efectos de abstenerse de aplicarla en virtud del mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en el tópico específico que soporta la crítica consignada en la demanda de casación, vale decir, la consagración o no de prohibición concreta para que en ese tipo de delitos contenidos en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, se hagan rebajas punitivas propias del instituto de allanamiento a cargos, de entrada la Corte debe señalar que una lectura correcta no solo de lo que el numeral sétimo consagra, sino de todo el contexto del artículo, de cara a la teleología que animó la intención del legislador, permite concluir por fuera de toda duda en que, efectivamente, también esa aceptación unilateral de responsabilidad penal consignada en el allanamiento a cargos, soporta la carga prohibitiva en mención.

En primer lugar, respecto de lo planteado por la casacionista es menester significar que la definición del asunto no pasa por demostrar que el allanamiento a cargos no es lo mismo que el preacuerdo o negociación, pues, independientemente de ello, es claro que en el numeral séptimo en discusión, se incluyen ambas formas de terminación extraordinaria del proceso penal.

Nótese, sobre el particular, cómo en el texto de la norma se cita entre comillas, para establecer el marco de regulación de la prohibición, que no procede la rebaja de pena con base en los *“Preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”*, citando textualmente el epígrafe del Título II del Código de Procedimiento Penal.

Este título, es necesario resaltarlo, consigna no solo, pese a lo que su rótulo señale o pueda dar lugar a suponer, la modalidad de terminación anticipada por acuerdo o preacuerdo, sino también y expresamente, el allanamiento a cargos, a manera de forma unilateral de aceptación de responsabilidad penal.

No en balde, el artículo 351 establece expresamente *“La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”*.

Dejando de lado la interpretación que pueda darse a la segunda parte de lo citado, en tanto, algunos entienden que el allanamiento constituye alguna forma de acuerdo, conforme lo dispuso así el legislador, es lo cierto que en este artículo se delimita expresamente la posibilidad de aceptar unilateralmente los cargos contenidos en la formulación de imputación y su efecto concreto: la disminución de pena de hasta el cincuenta por ciento.

Y es así, porque a renglón seguido, en el inciso segundo, se plantea ya de forma expresa otra de las modalidades de la aceptación de cargos por el procesado (mírese que precisamente el artículo 351 se rotula “Modalidades”), no ya unilateral, sino fruto de preacuerdo o negociación respecto de los *“hechos imputados y sus consecuencias”*.

Ninguna otra norma de la ley 906 de 2004 se refiere al porcentaje concreto de reducción en los casos en los cuales el procesado, durante la audiencia de formulación de imputación, se allana a los cargos.

Y si bien, como lo destaca la recurrente, los artículos 288 y 356-5, del Código de Procedimiento Penal, se refieren al allanamiento que opera en curso de las audiencias de formulación de imputación y preparatoria, en ambos casos se remite expresamente su aplicación a lo consignado en el artículo 351 *ibídem*.

Ello permite entender que la figura del allanamiento a cargos se halla regulada, en cuanto su naturaleza, como una de las modalidades de la aceptación de responsabilidad penal por parte del imputado o acusado, en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, que hace parte el Título II, denominado “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”.

Y si en otras normas se hace relación a esta aceptación unilateral de responsabilidad penal, tal ocurre porque, precisamente, en el ámbito eminentemente procesal allí se regulan los momentos específicos en los cuales se hace factible acudir unilateralmente a esa forma de terminación abreviada del proceso penal.

En consecuencia, cuando el legislador, en el numeral 7° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, eliminó la posibilidad de obtener rebajas de pena con base en los “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”, incluyó expresamente allí el instituto de allanamiento a cargos. Mucho más, si a renglón seguido delimita su rango de acción *“en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004”*, determinado como es que esta última norma en su inciso primero regula esa aceptación unilateral de cargos.

De otra parte, si se dijera que se obvió incluir en el numeral séptimo en cuestión, la figura jurídica del allanamiento a cargos, una dicha inadvertencia es suplida a continuación, en el ordinal 8°, cuando tajantemente se anota: *“tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”*

En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.

Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el párrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción.

Mal puede, de esta forma, argumentarse que fue pretensión del legislador dejar por fuera de tantas y tan profundas prohibiciones, el fenómeno de la aceptación unilateral de responsabilidad, como si tuviese la figura algún tipo de naturaleza o efecto particular que razonada y argumentadamente pudiera conducir a una conclusión de ese tenor, no solo pasando por alto el contenido y efectos del numeral 7° del artículo 199 tantas veces reseñado, sino el impedimento genérico que consagra el numeral 8° siguiente.

Porque, acerca de lo discutido por la impugnante, si se dijera que cumplió adecuadamente con la carga de argumentar en pro de excluir del numeral 7° el instituto de allanamiento a cargos, aunque la auscultación que hace la Corte sea diferente, es claro que nada hizo para señalar por qué esa figura no se incluye dentro de las prohibición general del numeral 8°.

Si se tratase, por último, de encontrar mayores argumentos para soportar la que para la Sala aparece evidente y expresa intención de excluir de beneficios atemperatorios de pena todos los mecanismos de terminación anticipada, incluido el allanamiento a cargos, véase cómo el legislador incluso previó lo referido a los procesos que dentro de los estipulado por la

Ley 600 de 2000, aún se tramitan, en aras de evitar que allí también se reconozcan beneficios excarcelatorios o de atenuación punitiva para quienes ejecutan ese tipo de conductas en contra de menores.

Al efecto, en el párrafo incluyó todas las figuras consustanciales a la Ley 600 de 2000, que permiten acceder a similares beneficios a los que ahora contempla la Ley 906 de 2004.

Pero, para ser más precisos, en forma expresa advierte el párrafo que no se conceden *“rebajas de pena por sentencia anticipada”*.

No abordará la Corte, porque no es el objeto de este pronunciamiento, la discusión respecto a la consonancia entre la figura de la sentencia anticipada y el hoy vigente instituto de allanamiento a cargos –aunque se precisa que la más reciente postura de la Sala mayoritaria registra su cabal equiparación–, pero no puede soslayarse que la Ley 600 de 2000, a diferencia de normatividades anteriores, sólo consagró como forma de terminación abreviada del proceso la sentencia anticipada, a manera de forma unilateral (por contraposición a la audiencia especial consagrada conjuntamente con la sentencia anticipada en el Decreto 2700 de 1991, aunque no reproducida en la Ley 600 de 2000) de aceptación de responsabilidad penal que corre exclusivamente de cargo del procesado, sin requerir la voluntad de la fiscalía, ni ningún tipo de negociación o acuerdo con esta.

Si ello es así, constituye un absoluto contrasentido –que la Corte no puede prohijar, en tanto, le corresponde hacer una interpretación contextualizada que no conduzca al absurdo–, significar que el legislador pretendió eliminar la posibilidad de rebaja respecto del fenómeno de la sentencia anticipada propio de la Ley 600 de 2000 –aceptación unilateral de responsabilidad penal–, pero, sin ninguna razón válida que lo justifique, buscó hacer lo contrario en lo que toca con el allanamiento a cargos –que también comporta esa aceptación unilateral de responsabilidad penal–.

Una adecuada interpretación semántica, lógica, jurídica, teleológica, contextualizada y razonable, advierte, para terminar, inconcuso que el allanamiento a cargos fue incluido por el legislador dentro de las figuras que no admiten rebaja de pena a favor de quien cometa los delitos contemplados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, cuando la víctima se registra menor de edad.

Precisado el punto, se impone necesario inadmitir la demanda presentada por la defensora del procesado, pues, como elemental se concluye, quedan sin soporte fáctico-jurídico los dos cargos, el uno principal, subsidiario el otro, planteados contra los fallos de las instancias».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 1098 de 2004, art. 199

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 17 oct. 2007, rad. 28451⁵².

1.13 Impedimento del juez que se pronunció previamente respecto al allanamiento a cargos, preacuerdo de culpabilidad o preclusión de la investigación –primera o segunda instancia–

Extracto n. ° 268.

Número de radicado	:	47933
Número de providencia	:	AP2677-2016
Fecha	:	04/05/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	IMPEDIMENTO

«La causal de impedimento invocada por los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá está prevista en el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

“Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso...”.

Respecto del referido motivo impeditivo esta Sala de Casación ha sostenido que no toda actuación previa en el proceso es razón suficiente para separar al funcionario de su conocimiento, sino aquella con capacidad de comprometer su criterio respecto de un asunto que posteriormente deba entrar a resolver y que, por ende, perturba su imparcialidad y ponderación.

Entonces, la participación dentro del proceso no debe asumirse en sentido literal en cuanto es preciso que esa intervención, para adquirir un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud del funcionario, de modo que su actividad dentro del proceso debió ser esencial, de fondo, sustancial,

⁵² Esta providencia es de carácter reservado, por lo tanto, sólo se publica y divulga su extracto

trascendente, y no simplemente formal (CSJ AP, 30 nov. 2006, rad. 26485; CSJ AP, 4 dic. 2013, rad. 29581y AP, 17 jun. 2015, rad. 46167 entre otras).

En el presente caso los Magistrados *APP* y *RRR* actuaron inicialmente como jueces de segunda instancia al desatar la apelación interpuesta contra la decisión del 20 de noviembre de 2015, emitida por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado, mediante la cual se improbió el preacuerdo suscrito con el acusado *JALCH*, por vulneración del principio de legalidad dada la indebida tasación de la pena conforme a la dosimetría dispuesta para el concurso de delitos en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, oportunidad en la cual señalaron que además de los argumentos expuestos, lo acordado se debía improbar, porque *“de los elementos materiales probatorios y evidencia física no emerge circunstancia alguna que permita inferir las condiciones de marginalidad, ignorancia o extrema pobreza que predica la Fiscalía, por tanto no es posible proporcionar atenuantes en aras de llegar a un acuerdo, sin que se encuentren fundamento fáctico y probatorio en la actuación”*.

Igualmente, destacaron en su decisión que *“una empresa criminal como la descrita en la acusación no la organizan personas en situación de marginalidad sino potentadas del crimen”*, y finalizaron calificando la labor de la Fiscalía como ligera y apresurada, por cuanto el preacuerdo no consultaba la realidad fáctica.

A partir de lo expuesto, ahora los mencionados funcionarios aducen que se encuentran dentro del supuesto de hecho de la causal de impedimento invocada, para conocer por vía de apelación sobre el nuevo acuerdo improbadado.

Considera la Sala, en primer lugar, que la participación que tuvieron los Magistrados cuando conocieron del primer preacuerdo entre las partes no tiene incidencia directa en la decisión ahora sometida a su examen, pues si bien realizaron en esa oportunidad señalamientos frente a la falta de correspondencia de la imputación fáctica con la jurídica, para concluir que no estaba plenamente demostrada la situación de marginalidad, ignorancia o extrema pobreza objeto de acuerdo, lo cierto es que no se ocuparon de analizar la vulneración del artículo 352 de la Ley 906 de 2004, acerca del reconocimiento de la circunstancia de marginalidad al cotejarla con la rebaja punitiva dispuesta por el legislador cuando el preacuerdo tiene lugar después de la presentación de la acusación, que corresponde al problema jurídico advertido por la primera instancia en el nuevo acuerdo.

Pero esa circunstancia, que sería suficiente para deducir que no está comprometida la imparcialidad de los Magistrados PP y RR, no es sin embargo la explicación llamada a sustentar la negativa a admitir que se encuentran impedidos para resolver el recurso de apelación interpuesto

contra el auto del 4 de marzo de 2016, proferido por el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

El argumento en el cual se fundamenta la Sala para concluir que esos funcionarios no se encuentran impedidos para resolver la apelación en contra del auto por el cual se improbo el acuerdo entre la Fiscalía y los procesados LCH y MS, tiene que ver con la lógica misma de como se encuentra construido el sistema de justicia premial en la Ley 906 de 2004. Si los preacuerdos entre las partes están sometidos a control judicial, ello no puede significar que cuando un Juez imprueba uno en un caso determinado, quede impedido para pronunciarse en relación con otro en el mismo asunto. Lo deseable, por el contrario, es que si ya el funcionario, a través de su decisión precedente, le hizo saber a las partes las razones para no ratificar el arreglo, éstas procedan a incorporarle los ajustes pertinentes y a presentarlo de nuevo, naturalmente en caso de persistir en él.

Ese entendimiento, que igual aplica frente al control judicial de los allanamientos, evita que las partes, ante la desaprobación judicial de un preacuerdo, vayan de Juez en Juez hasta conseguir que alguno lo autorice.

El anterior criterio que adopta la Sala, aplica igualmente frente a eventos en los que ante un funcionario judicial que se negó a decretar la preclusión de la investigación en una actuación determinada, se presenta nuevamente a su consideración –en primera o segunda instancia– una discusión vinculada a la misma pretensión. Esto quiere decir que el Juez que negó en una oportunidad anterior la preclusión, no se encuentra impedido para volver a conocer de una nueva solicitud en el mismo sentido. Y que tampoco lo está el despacho judicial de segunda instancia que confirmó la improcedencia de la preclusión, para resolver la apelación de una nueva decisión adversa a la medida de terminación del proceso.

Lo precedente no se opone al numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 por la sencilla razón de que esta disposición consagra como causal de impedimento, “*para conocer el juicio en su fondo*”, haber negado la solicitud de preclusión. El Juez que no accede a decretar esa determinación, en consecuencia, queda inhabilitado para el trámite de la etapa del juzgamiento. Nunca para pronunciarse en relación con una petición de preclusión tras haberse negado previamente en el mismo caso a declararla.

Así las cosas, la Sala recoge la decisión contraria a la tesis anterior, consignada en el auto del 11 de febrero de 2015 (impedimento 45280), en la cual se definió que se encontraban impedidos para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó una solicitud de preclusión a dos Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, por la circunstancia de haberse pronunciado antes en la misma actuación respecto de una determinación similar. Este nuevo criterio jurisprudencial, que es conforme

a la ley, imposibilita –como en el caso de las decisiones judiciales mediante las cuales no se aprueban los preacuerdos—, que cuando una petición de preclusión ha sido negada se vaya a un nuevo Juez –y a otros— en busca de que finalmente alguien la comparta.

Es inadmisibles como circunstancia de impedimento, en conclusión, que los Magistrados PP y RR del Tribunal Superior de Bogotá hubieran conocido antes en el mismo proceso, por razón de sus funciones, de la apelación interpuesta contra la determinación de no aprobar un preacuerdo anterior entre las partes. Por tanto, deberán resolver la alzada puesta a su consideración».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP4491-2016 y CSJ AP2690-2016.

Extracto n. ° 269.

Número de radicado	:	47779
Número de providencia	:	AP2690-2016
Fecha	:	04/05/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	IMPEDIMENTO

« [...] respecto de la causal alegada, esto es, la que se funda en la participación del funcionario judicial dentro del proceso, esta Colegiatura ha sostenido que cuando esa intervención se produce por razones funcionales no puede configurar el impedimento que consagra la causal.

En tal sentido, la Sala ha expresado que: “*si el Magistrado intervino como ponente en la primera oportunidad en que este proceso arribó al Tribunal para efectos de resolver una apelación, tal circunstancia no puede generar impedimento de ninguna clase toda vez que la propia facultad que le ha dado la ley para asumir el conocimiento del asunto no puede tenerse como causal impeditiva para conocerlo con posterioridad en la misma instancia, así haya emitido su opinión sobre el tema a debatir*”.

En el mismo pronunciamiento agregó lo siguiente: “*ello entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos de su*

competencia, procedimiento que ni la ley autoriza ni la lógica justifica” (CSJ, SP, 16 del 16 de marzo de 2005, radicación 23374).

En otras oportunidades, la jurisprudencia ha indicado que la participación anterior en el proceso excepcionalmente configura el motivo de impedimento cuando, lejos de ser apenas formal, resulta decisiva y vinculante frente al nuevo asunto sometido a su consideración, en la medida en que anticipó aspectos puntuales sobre los que luego le corresponde decidir (CSJ, SP, sentencia del 7 de mayo de 2002, radicación No. 19300, reiterada en auto del 20 de abril de 2005, radicación No. 23542; auto del 17 de octubre de 2012, rad. 40016, entre otras).

Pues bien, a través de este pronunciamiento la Corte recoge la tesis últimamente reseñada, según la cual el anticipo de la opinión del funcionario judicial sobre un determinado asunto, cuando se produce dentro del mismo proceso por razón del ejercicio de la competencia funcional, hace recaer en aquel el impedimento consagrado en el artículo 56-6° del C. de P. P., cuando, una vez más en ejercicio de la doble instancia, se enfrenta a abordar el mismo tema en una fase procesal posterior.

Lo anterior, porque, como se dijo en precedencia, un entendimiento hermenéutico del instituto y las finalidades de los impedimentos no puede admitir que mientras, por una parte, la propia ley procesal fija los lineamientos de la competencia funcional de los jueces y corporaciones, esto es, la que se deriva del ejercicio de la doble instancia, por la otra el mismo estatuto haga surgir una irregularidad por el hecho de sujetarse el funcionario *ad quem* a dichos lineamientos, cuando un mismo asunto se reitera ante el superior en diferentes momentos o fases procesales de la misma actuación.

De manera concordante con lo dicho en precedencia, véase cómo el Acuerdo 1589 del 24 de octubre de 2002, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, que regula el reparto de procesos en juzgados y corporaciones judiciales, dispone en el numeral 3° del artículo 7° que: *“Cuando un asunto fuere repartido por primera vez en segunda instancia, en todas las ocasiones en que se interpongan recursos que deban ser resueltos por el superior funcional, el negocio será asignado a quien se le repartió inicialmente”*.

Admitir que por desatar inicialmente un recurso de apelación sobre un tema determinado el juez, individual o colegiado, queda impedido para pronunciarse sobre el mismo en una fase procesal posterior, conduciría a otra situación igualmente absurda, pues bastaría, a través de numerosas impugnaciones formuladas en la audiencia de acusación o preparatoria, comprometer el criterio del juez o corporación *ad quem* sobre un particular asunto para así generar el impedimento a la hora de llevar la misma inconformidad en la apelación contra el fallo de instancia. Lo anterior

resulta ser, desde todo punto de vista, una concepción incoherente y ajena a los fines del instituto del impedimento.

No puede perderse de vista que la intervención de la corporación de segunda instancia en distintas fases del proceso se sujeta a la naturaleza y fines de cada una de ellas. Así, aun cuando el asunto puesto a su consideración en diferentes oportunidades puede ser aparentemente idéntico, lo cierto es que la perspectiva de su abordaje y solución puede ser disímil según la naturaleza y finalidad de la fase procesal dentro de la cual se suscita. Así, podría haber diferencia en el tratamiento de un tema según surja, por ejemplo, en sede de formulación de acusación o en la sentencia; por tanto, aun si se conoce la postura de la corporación fijada en oportunidad anterior, ello no significa necesariamente que el asunto habrá de ser tratado en idénticos términos, máxime que la alegación del impugnante puede contener argumentos nuevos que hagan variar la postura frente al imperio de la ley.

En concordancia con lo anterior, es del caso agregar que el hecho de haber el funcionario de segundo grado fijado su postura sobre un tema que nuevamente se somete a su consideración en la impugnación contra el fallo de instancia no puede lógicamente generar impedimento, así se pueda prever que aquel decidirá en el mismo sentido. Lo anterior, porque si el asunto fue resuelto en la primera oportunidad de manera acorde con el imperio de la Constitución, la Ley y los lineamientos trazados por la jurisprudencia, lógicamente el *ad quem* no podrá, en principio y salvo que sobrevengan circunstancias que modifiquen el contexto o se formulen argumentos novedosos, adoptar una decisión diferente; allí no se configuraría una actuación parcializada.

Cosa distinta sería que en la intervención inicial el servidor o corporación judicial hubiera anticipado un claro juicio de responsabilidad, pues en tal caso ese criterio sí podría incidir al abordar el estudio de la sentencia de primera instancia, en la medida en que es precisamente la responsabilidad el tema sobre el que gravita la decisión de instancia; en este supuesto, sí podría materializarse la causal de impedimento: pero es bien distinto a la situación que se deriva del hecho de haber el mismo funcionario de segundo grado intervenido anteriormente para resolver, bajo el imperio de la Ley, un asunto determinado.

En el presente caso se tiene que en verdad los magistrados que hoy manifiestan su impedimento, en auto del 30 de septiembre de 2015, le impartieron legalidad al preacuerdo presentado por la fiscalía y la defensa, el mismo que fuera improbadado en primera instancia por el juez de conocimiento. En aquella oportunidad se pronunciaron sobre el posible doble beneficio concedido en el preacuerdo y su no correspondencia con lo comunicado al apoderado de la víctima. Tales asuntos, junto a otros más,

se reiteran frente al fallo de primer grado, según se verifica en el correspondiente memorial de apelación.

Así las cosas, en concordancia con los lineamientos antes reseñados, la circunstancia de que el proceso, ahora con fallo de primera instancia, regrese a la misma sala de decisión con un asunto abordado en el pasado no genera el impedimento que proponen los magistrados, pues, se insiste, la competencia funcional les está atribuida por la ley y el reglamento y, además, porque la situación es bien distinta, en la medida en que ahora se ha superado la fase de la acusación y existe una declaración de responsabilidad que muta el contexto dentro del que se desarrollaría la discusión».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 56 – 6

1.14 Trascendencia del preacuerdo o allanamiento a cargos para la contabilización de los términos procesales

Extracto n. ° 270.

Número de radicado	:	30679
Fecha	:	20/10/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HABEAS CORPUS

« [...] si en la primera oportunidad procesal se pacta un preacuerdo o se expresa un allanamiento, una vez signada la respectiva acta ésta sirve como acusación, según el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, lo que permite afirmar que con el acta suscrita ya existe jurídica y procesalmente acusación, con lo cual -de igual modo- ha de entenderse satisfecho el acto de acusación propio del procedimiento normal (como acto complejo que es, integrado por la presentación del escrito y la formulación oral de la misma). Y si ello es así, vale reiterar, que con la firma del mencionado documento ya se entiende superada y cumplida por completo la acusación, pues la consecuencia obvia es que la razón de ser de la libertad ha desaparecido, bastando sólo que la actuación se radique ante el centro de servicios o la secretaría del juzgado, según el caso. Este trámite y estas consideraciones tienen validez cuando el allanamiento o el preacuerdo se han llevado a cabo antes del vencimiento del término señalado en el artículo 175 del mismo

estatuto procesal, pues de ello ocurrir ya superado este plazo sobrevendrá la libertad en aplicación directa de la causal.

De otra parte, si la suscripción de la reseñada acta sucede con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, esto es, en la segunda oportunidad que ofrece la ley para aceptación de cargos, ello supone que ya han comenzado a correr los 90 días a que alude la causal quinta de libertad, los cuales tienen como tope máximo la iniciación del juicio oral, actuación ésta que -conforme se dijo, no tiene cabida en el trámite abreviado. Ahora, aprobado el preacuerdo por el fallador lo que sobreviene es la audiencia de individualización de pena y sentencia, actuación ésta que implica superado con creces lo que sería (en el procedimiento normal, desde luego) el referente para liberar, esto es, el inicio del juicio oral».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 293 y 327

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AHP, 06 ago. 2010, rad. 34727; CSJ AHP, 28 ene. 2011, rad. 35739; CSJ AHP3073-2015, CSJ AHP7853-2016, y CSJ AHP034-2017.

1.15 El instituto del cambio de radicación aplica también a los casos en que hubo aceptación de cargos -unilateral o derivada de un preacuerdo-

Extracto n. ° 271.

Número de radicado	:	32608
Fecha	:	14/10/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CAMBIO DE RADICACIÓN

«Un primer aspecto del que debe ocuparse la Corte para la solución de esta petición, es si el instituto del cambio de radicación se aplica también a

procesos en los cuales no habrá lugar a audiencia pública, dada la conformidad del acusado con la imputación, esto es, si es viable tal medida solamente para que se verifique la libertad y espontaneidad de la aceptación de la imputación, o la legalidad del preacuerdo, y, el trámite relacionado con la individualización de la pena, el incidente de reparación de perjuicios, la lectura de la sentencia y su eventual impugnación.

En este sentido la Corte considera que en la medida en que persistan las razones que motivan la modificación excepcional de la competencia, en procesos como el que se adelanta contra BM, resulta viable acudir a tal instituto.

Esto porque, si bien es cierto el objeto de protección especial en este caso no es el orden público, ni la imparcialidad o independencia judicial, como tampoco las garantías procesales y menos la publicidad del juzgamiento, si está en serio peligro la seguridad e integridad personal del acusado, que de no accederse a dicho cambio, tendría que enfrentar el peligro originado en la infiltración que la banda criminal a la que pertenecía ha logrado en instituciones como la Policía Nacional; lo cual genera un riesgo adicional de ser llevado a la ciudad de [...] para continuar allí con el trámite procesal.

Ahora bien, sin necesidad de profundos análisis resulta evidente, con la documentación anexa, la situación de inminente peligro en la que se encuentra la vida e integridad personal del solicitante, de continuarse con el procedimiento abreviado en la ciudad de [...], riesgo originado en la colaboración con la administración de justicia delatando a sus ex compañeros de andanzas criminales [...] ».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 14 jun.2011, rad. 36716.

2. ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO UNILATERAL A LOS CARGOS

2.1 Concepto

Extracto n. ° 272.

Número de radicado	:	45511
Número de providencia	:	SP16789-2015
Fecha	:	25/11/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«El allanamiento es un instituto de carácter procesal, a través del cual la persona imputada o acusada de un delito admite los cargos que le ha formulado la fiscalía, de modo que renuncia a la realización de un juicio público sin dilaciones injustificadas, dentro del cual podría ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra, bien sea contrainterrogando testigos o controvirtiendo otras pruebas de naturaleza distinta, inclusive con la posibilidad de aportar medios de conocimiento en aras de desvirtuar los que se alleguen en perjuicio suyo».

2.2 Aspectos del debido proceso derivados del allanamiento a cargos – control judicial por parte del juez–

Extracto n. ° 273.

Número de radicado	:	45495
Número de providencia	:	SP9379-2017
Fecha	:	28/06/2017
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«De cara a la resolución del asunto bajo examen, la Sala ha de destacar *algunos* aspectos propios del debido proceso, derivados de la figura del *allanamiento a cargos* en la audiencia de formulación de imputación. A partir de ello, han de comprenderse, por una parte, los límites y el contenido del control judicial aplicable a dicha forma de terminación anticipada del proceso; por otra, las problemáticas planteadas por el censor.

Al tenor del art. 286 del C.P.P., la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación, en audiencia ante el juez de control de garantías, *comunica* a una persona su calidad de imputado. Para llevar a cabo dicho acto, en lo sustancial, el fiscal deberá contar con elementos materiales probatorios con base en los cuales sea dable inferir razonablemente que el indiciado puede ser autor o partícipe del delito que se investiga (art. 287 *ídem*).

En el marco de la imputación, dichos medios de conocimiento -elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida-, pese a ser el soporte material de la inferencia de autoría o participación, *no deben ser descubiertos* al imputado ni a la defensa por parte del fiscal, quien tampoco ha de dar traslado de los mismos al juez de control de garantías (art. 288-2 C.P.P.). Esto, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

[...]

Ahora, de acuerdo con el art. 293 del C.P.P., si el imputado por iniciativa propia acepta la imputación, se entenderá que *lo actuado es suficiente como acusación*. En consecuencia, la Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación -equivalente a la acusación-, que será enviado al juez de conocimiento. Examinada por éste para determinar que la aceptación de culpabilidad es espontánea, libre y voluntaria, procederá a aceptarla sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes y, enseguida, convocará a audiencia para la individualización de pena y *sentencia*.

La retractación por parte de los imputados que acepten cargos, añade el párrafo de la norma, sólo será válida siempre y cuando se acredite que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

En estos casos se trata de una forma de composición del conflicto en la cual el juez interviene apenas *de manera adjetiva*, para vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad y a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes (CSJ AP 7 may. 2014, rad. 43.523).

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por una parte, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de supervisión sobre el respeto de

las garantías fundamentales en cabeza del acusado. Sobre el particular, la jurisprudencia (CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834) tiene dicho que:

no es posible sustraerse de la aceptación de responsabilidad a menos que, como la propia norma lo prevé, concurra un *vicio en el consentimiento* del procesado o se *transgredan sus garantías*⁵³, según se extrae del párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, insertado por la Ley 1453 de 2011, el cual debe interpretarse en armonía con el artículo 351 del mismo estatuto procedimental, que al regular lo concerniente a las modalidades de aceptación de cargos en su inciso cuarto, precisa que éstas imponen su aprobación por parte del juez de conocimiento, salvo que se desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

Dicho párrafo ya fue objeto de estudio por parte de esta Corporación⁵⁴, concluyendo que es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es, consentimiento viciado o desconocimiento de garantías, con la carga para quien lo aduce de demostrar que efectivamente se configuró alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una de las cuales haya determinado por sí sola, la aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación.

Rigiendo entonces un principio legal de irrevocabilidad, si la alegación de culpabilidad fue efectuada libre, consciente, voluntaria y espontáneamente ante el juez de control de garantías sólo habría lugar a improbar el allanamiento o a admitir una excepcional dimisión por el procesado si su consentimiento para aceptar la responsabilidad penal por los cargos formulados se hallare *viciado* por error, fuerza o dolo (cfr. CSJ SP 15 may. 2013, rad. 39.025 y CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834).

La imposibilidad de retractación es una limitación justificada en pro de materializar una debida administración de justicia penal *abreviada*.⁵⁵ Entre otras consecuencias, el allanamiento a cargos entraña la *renuncia* del imputado a ser juzgado públicamente (art. 250-4 de la Constitución), así como a las prerrogativas inherentes a este derecho fundamental. Ello se extracta del art. 8° lits. b), j) y k) del C.P.P. Quien acepta la imputación no sólo se autoincrimina, sino que *desiste a solicitar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra*, a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial y con intermediación de las pruebas, en el cual pueda,

⁵³ CSJ SP 28 ago. 2013, rad. 41.295.

⁵⁴ CSJ SP 13 feb. 2013, rad. 40.053.

⁵⁵ Sobre el particular, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, expuso la Sala: “*en respeto al principio de la buena fe, a la lealtad procesal y para ofrecer seguridad al sistema acusatorio, en los casos en que el procesado renuncia a sus garantías para admitir su compromiso penal rige el principio de irrevocabilidad el cual lo inhibe para revocar expresa o tácitamente los términos del allanamiento o el acuerdo, ora para deshacerlos o modificarlos, no de otra forma se desdibujaría el propósito de la política criminal de lograr una rápida y eficaz administración de justicia*”.

si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate.

Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de ésta por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7° inc. 3° y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria *lato sensu*, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.

Por consiguiente, es garantía fundamental de quien acepta la imputación - sin ningún vicio en su consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos- que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en medios de conocimiento que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva.

Al respecto, mediante la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, la Sala puntualizó:

Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Aparejado a ello, si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva, es claro que ***tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud.***

Y siendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida el medio de articular -en el procedimiento abreviado- los hechos con el derecho, es claro que ese control racional de verosimilitud supone la incorporación de aquéllos a la actuación, para ser valorados por el juez de conocimiento. Sobre el particular, ha expuesto la Corte (CSJ SP 19 oct. 2006, rad. 25.724):

En el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004 es claro que solo pueden ser consideradas como *pruebas* y, por ende, servir de soporte a las providencias judiciales, aquellas que hayan sido debidamente presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, pues en virtud del *principio de inmediación*, previsto en su artículo 379, el Juez deberá tener en cuenta como pruebas *únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...*

En esas condiciones, en supuestos como el presente, en donde los cargos son aceptados en la audiencia de formulación de la imputación, evidentemente ningún medio de prueba se practica delante del juez, por la exclusión obvia del juicio oral. En esos eventos, en consecuencia, la sentencia puede fundamentarse en aquellos elementos recaudados por la fiscalía siempre que **hayan sido incorporados legalmente a la actuación.**

La jurisprudencia constitucional (sent. C-1260 de 2005), a la hora de analizar la compatibilidad de la renuncia a los derechos a la no autoincriminación y al adelantamiento del juicio en los términos establecidos en el art. 8° lit. 1) del C.P.P. con la Constitución, destacó la necesidad de que la condena dictada en virtud de aceptación de culpabilidad esté soportada en *medios de prueba*:

Lo anterior, por cuanto aceptados por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y **existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria**, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, **debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado.** El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

En ese entendido, incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar *con suficiencia* que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 *ídem*). Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional (C-1195 de 2005) al afirmar que *“el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos*

elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad”.

Ahora bien, tratándose de aceptaciones de cargos en la formulación de imputación, la incorporación de los elementos materiales probatorios habrá de ser concomitante a la presentación del escrito contentivo de la misma - que se entiende *equivalente a la acusación* (art. 293 C.P.P.)- ante el juez de conocimiento. Ello, conforme al mandato previsto en el art. 142-2 *ídem*, según el cual es deber del fiscal suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e información de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al *acusado*. Éste, al tenor del art. 125-3 *ídem*, además, tiene derecho a que su defensor, *en el evento de una acusación*, conozca todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.

En esos términos, la incorporación de los medios de conocimiento a la actuación no sólo es presupuesto material para que el juez pueda dictar sentencia condenatoria, si la valoración de aquéllos junto a la aceptación de culpabilidad acredita la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado (art. 9º del C.P. y 381 del C.P.P.), sino que es necesaria a fin de garantizar el derecho de todo imputado a conocer las pruebas que se invocan en su contra (art. 8 lit. j del C.P.P.).

No obstante, la prerrogativa de *conocimiento* de las “*pruebas*”, en eventos de aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, no significa que la defensa -tanto material como técnica- esté habilitada para *controvertirlas*. Por una parte, debido a que, como se expresó con antelación (*supra* num. 4.1.2), la renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad⁵⁶ y contradicción probatorias; por otra, en la medida en que el cuestionamiento de las premisas fácticas que, habiendo sido aceptadas como ciertas, fundamentan la decisión condenatoria, tácitamente se estaría presentando una retractación del allanamiento, lo cual -salvo eventualidades de vicios en el consentimiento o conculcación de garantías- está proscrito legalmente.

Una vez aceptado, reiterase, el allanamiento es irrevocable. Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante *críticas probatorias*

⁵⁶ Sobre ese particular, mediante el AP 27 jun. 2012, rad. 38.911, la Sala clarificó, en un caso donde tardíamente se acreditó que el procesado se encontraba en estado de inimputabilidad al momento de cometer los delitos, que el principio de irrevocabilidad que gobierna las aceptaciones de culpabilidad imposibilita formular reparos respecto a la práctica de pruebas y el consecuente adelantamiento de un juicio, pues la esencia de esa aceptación unilateral de voluntad o de la bilateral propia del acuerdo es que, a cambio de la reducción de pena u otros beneficios procesales, el imputado y su defensor renuncian a controvertir ese tipo de aspectos.

tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irretractabilidad.

Bajo esa línea de pensamiento, mediante el AP 28 ago. 2013, rad. 39.566⁵⁷, la Sala ha sostenido que:

en la hipótesis en que el inculcado acepta la imputación -por allanamiento o preacuerdo en alguna de las oportunidades que la ley procesal auspicia el mismo-, las propias normas rituales han excluido la posibilidad de la retractación y por consiguiente, **no dan vía a discrepar con la sentencia mediante la incoación de los recursos, cuando es emitida congruente con dicha expresión libre, consciente, voluntaria y plenamente garante de los derechos fundamentales, con asistencia de su abogado defensor.**

[...]

Restringida por tanto la viabilidad de impugnar una sentencia que ha culminado como efecto de allanamiento a la imputación o preacuerdo con la Fiscalía, con estricta exclusividad a aquellas hipótesis de violación de garantías, es muy claro que cuando el inculcado renuncia al juicio oral, bajo el entendido que dicha solución pactada en procura de obtener una rebaja punitiva ha sido la resultante de que el indiciado sopesa directamente el grado de compromiso que tiene frente al delito, esto es, que dada la valoración de su propia situación frente a la imputación delictiva que se le hace y la conveniencia de asumir las consecuencias penales del mismo en forma anticipada o acelerada, ello apareja, entre otros efectos, que la declaración de su responsabilidad no se defina en un juicio oral y abierto con debate probatorio, pues es bien sabido que la decisión no se funda en pruebas, bajo el técnico sentido que la esquemática procesal de la Ley 906 de 2004 ha contemplado, sino en lo que se denomina elementos materiales probatorios, evidencia física e informes compilados por la Fiscalía.

Bien se ha resaltado el carácter vinculante que tiene el allanamiento o acuerdo para el juez y para los sujetos procesales, de manera que si la sentencia se aviene al mismo y no hay quebranto de garantías, **resulta inaceptable retractarse a través del empleo de los recursos ordinarios y extraordinario de casación por carecerse de interés jurídico para ello.**

En esa dirección, la Sala ha puntualizado que una forma de retractación tácita del allanamiento se da por la vía del derecho ejercicio del derecho de impugnación, cuando se discuten aspectos que, *con énfasis en lo fáctico*, tienen que ver con las categorías sustanciales de las cuales depende la

⁵⁷ Postura expuesta en múltiples decisiones, entre otras, AP 27 jun. 2012, rad. 38.911; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; AP 28 ago. 2013, rad. 41.419; SP 20 nov. 2013, rad. 39.834 y AP 31 ene. 2017, rad. 49.411.

afirmación de la responsabilidad penal. Sobre el particular, mediante el AP 31 ene. 2017, rad. 49.411, textualmente expuso la Corte:

Impera recordar que mediante un preacuerdo el procesado aceptó en forma libre, consciente y voluntaria su responsabilidad frente al delito comunicado por el ente investigador, razón por la que una vez verificado por el Juez de Conocimiento la incolumidad de los derechos de la parte pasiva de la acción penal, como ocurrió en este evento, es improcedente la retractación de ese acto unilateral.

En efecto, constituye presupuesto para recurrir la decisión judicial que el sujeto procesal haya sufrido un perjuicio en su situación jurídica con la misma, de ahí que si al procesado se le han atendido sus pretensiones, como cuando el fallo se dicta con apego a los cargos aceptados mediante el allanamiento a los mismos en cualquiera de las oportunidades que este puede presentarse, o con sujeción a los acuerdos realizados en la llamada justicia consensuada, **no es admisible que luego pretenda cuestionar los aspectos de tipicidad y responsabilidad penal que de manera libre y voluntaria aceptó.**

Diferente es que, en el ejercicio de control sobre el respeto de *garantías fundamentales*, se detecten situaciones *objetivas* que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9° inc. 1° C.P.). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material.

En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, *en tanto garantía fundamental*. No obstante, por tratarse de un aspecto *objetivo* que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa *ius fundamental* no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.

Al respecto, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.531, en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte estableció que la conducta no comportaba antijuridicidad en sentido material⁵⁸, razón por la cual dictó sentencia absolutoria.

⁵⁸ Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad* de la conducta. Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512.

En esa oportunidad, la Sala puso de presente que la renuncia al juicio y a las garantías a éste inherentes de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía del procedimiento abreviado, activado por la vía de la aceptación de culpabilidad:

Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de **repercusiones sustanciales** que se hubieran materializado como *errores in iudicando*, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada *u officiosa* como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera **evidente**.

Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía *in malam partem*, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del *non bis in idem*, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva o por desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.

Tal solución -restablecer la garantía fundamental conculcada mediante sentencia de reemplazo, sin anular la actuación- se ha adoptado en situaciones similares, en las cuales, por ejemplo, se vulneró el principio de legalidad por haberse dictado una condena -con allanamiento a cargos- por

dos delitos pese a configurarse un concurso aparente (cfr. CSJ SP 14 ago. 2012, rad. 39.160).⁵⁹

Recapitulando, la resolución de los problemas planteados en la censura ha de abordarse a la luz de las siguientes premisas: i) en la imputación no hay descubrimiento ni *incorporación* de elementos materiales probatorios, como tampoco ninguna forma de actividad y contradicción probatoria; ii) es con la presentación del registro de la imputación con allanamiento -que equivale al escrito de acusación-, ante el juez de conocimiento, que el fiscal debe aportar los medios de *prueba* que, junto a la aceptación de culpabilidad, han de ser valorados por el juez para fundamentar su decisión; iii) el control judicial aplicable al allanamiento se limita a verificar que la admisión de responsabilidad no esté afectada por vicios del consentimiento y que no se hayan vulnerado garantías fundamentales; iv) aceptado el allanamiento -por haberse constatado la inexistencia de vicios o afectación de garantías- no es dable retractarse de él expresa ni tácitamente; v) la renuncia al juicio mediante la aceptación de culpabilidad implica desistir de la actividad y contradicción probatorias; vi) por la vía de los recursos no es dable plantear controversias dirigidas a modificar los enunciados de hecho que constituyen la imputación -fáctica- aceptada por el imputado y vii) a fin de materializar la protección del debido proceso -en su componente de legalidad- el juez puede absolver si hay imposibilidad *objetiva* de que los hechos satisfagan las categorías sustanciales necesarias para predicar la responsabilidad penal (at. 9 inc. 1° C.P.)».

NORMATIVIDAD APLICADA

Constitución Política, arts. 29 y 250-4

Ley 599 de 2000, art. 9

Ley 906 de 2004, arts. 7, 8 lits. b), j) y k), 125-3, 131, 142, 180, 286, 287, 288, 293, 381

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

«Comparto la decisión al dar por demostrada la materialidad, autoría y responsabilidad con base en el allanamiento a cargos y la evidencia que obraba en el proceso.

⁵⁹ En esa oportunidad, adujo la Sala: “*En principio, el incumplimiento de este deber le representaba a la Corte en casación decretar la nulidad, en el entendido de que la actuación correcta por parte del juez era rechazar en todos los casos el consenso o la declaración unilateral ante la imposibilidad de dictar sentencia en los términos aceptados. Sin embargo, todo error de juicio que signifique la vulneración de una garantía judicial podrá subsanarlo esta Corporación casando la decisión impugnada y dictando la de remplazo, que incluso puede ser una absolución*”.

Mi disentimiento está en dos aspectos, a saber: 1) en el allanamiento la ley procesal penal no exige presentación de escrito de acusación y 2) el debido proceso probatorio en los procesos abreviados no se extiende hasta la presentación del escrito de acusación sino hasta la verificación del allanamiento por parte del juez de conocimiento o de la aprobación del preacuerdo.

El artículo 293 del C de P.P. hace equivalente a la acusación la aceptación de cargos y está se hace constar en el acta que suscriben las partes. Este es el único registro escrito que se exige para el trámite de verificación ante el juez de conocimiento, no se demanda por esa disposición ni por ninguna otra de la legislación vigente que se elabore un escrito de acusación en el que se consigne el allanamiento. Este criterio ha venido siendo sostenido por la jurisprudencia de la Sala desde la providencia de fecha 31 de marzo de 2008 proferida en el radicado 29002 con ponencia de Alfredo Gómez Quintero. Tampoco para los preacuerdos se establece como requisito de procedibilidad la presentación del escrito de acusación.

Sobre el tema de marras en la providencia citada dijo la Corporación:

“En punto a la práctica de exigir (por parte de algunos jueces) o de elaborar (por iniciativa de algunos fiscales) escrito de acusación una vez pactado el acuerdo, consignado en el acta y suscrita ésta, al igual que signada la que contiene un allanamiento, ningún fundamento legal tiene tal procedimiento y mucho menos ofrece efectos prácticos, como pasa a verse.

En efecto, de conformidad con el art. 293 del CP.P. la aceptación de imputación, bien por allanamiento (“iniciativa propia”)o “por acuerdo con la Fiscalía”, comporta que lo actuado hasta ahí sea “suficiente como acusación”, consecuencia ésta que -para estos efectos- permite asimilar las dos formas de terminación abreviada. Ahora, si se trata de la especie de la negociación, es clara la ley al precisar que el escrito de acusación (propio del desarrollo cabal del esquema procesal) lo será el propio preacuerdo: “obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación” (art. 350 inc.1° se subraya), libelo del cual necesariamente hará parte -entre otros factores- la rebaja de pena que -hasta la mitad- se haya pactado, desde luego en aquellos casos en los cuales de la negociación haga parte el descuento punitivo, pues no hay duda que el convenio puede girar alrededor de temas distintos, como la pena a imponer, los subrogados a reconocer, la variación ventajosa de la tipicidad, la eliminación de agravantes, el reconocimiento de atenuantes, la supresión de un cargo específico, etc. Si se pacta el monto de la reducción de la pena ese aspecto del acuerdo “se consignará en el escrito de acusación” (art. 351 inc. 1°), que no es otro -como ya se comprobó- que el mismo preacuerdo, conforme al reseñado art. 350.

Ahora, la inutilidad de un escrito de acusación de cara a un acta de allanamiento o de preacuerdo es evidente, dado que en el cuerpo de ésta

(conforme sucede con la acusación) deben consignarse la individualización de los acusados, la relación de los hechos jurídicamente relevantes, la relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso, y –en particular- todas las circunstancias de agravación que modifiquen límites punitivos, así como las de mayor punibilidad, unas y otras tanto fáctica como jurídicamente expresadas, pues de no, resultan de imposible aplicación por parte del juez en la sentencia, conforme a reiterada y pacífica doctrina de la Corte. Al fin y al cabo los requisitos del escrito de acusación antes reseñados (art. 337 C.P.P) deben formar parte del preacuerdo, en la medida en que éste es el equivalente a la acusación y que sirve de referente a la congruencia con la sentencia y a su vez en marco dentro del cual el sentenciador proferirá la condena.

Pero hay algo más: cuál es el fin de ese inútil escrito de acusación? de él no se entrega copia a las partes conforme el art. 337 in fine; de él no se corre traslado pues ni existe audiencia preparatoria, que es el escenario natural para ello, según el art. 339; él no va a servir de guía para la contabilización de los términos de libertad, a voces del art. 317 –numerales 4 y 5-; de él no se predicen los requisitos sustanciales para acusar, como son que con base en la información procesal se pueda afirmar con probabilidad de verdad la existencia de la conducta y la calidad de autor o partícipe, porque tales atributos se predicen de la aceptación de cargos; en fin, de ese escrito sobreviniente al acta no se genera consecuencia procesal alguna, pues tales efectos se pregonan es del acta contentiva de la aceptación de cargos.

En cambio sí, su elaboración puede comportar consecuencias indeseadas, como cuando un fiscal lo presenta tardíamente ante el juez, o como cuando a través de él se pretendan incluir agravantes o atenuantes, o – en fin- se busque modificar los términos del preacuerdo. Más grave sería, por ejemplo, que allanado el imputado (y verificada por el juez de garantías la preservación de las mismas), el fiscal introdujera alguna modificación a la tipicidad, o se refiriera a la pena o algún subrogado, todo ello –desde luego- por fuera del marco de su competencia, pues no ha de olvidarse que suscrita el acta (de allanamiento o de preacuerdo) tanto fiscal como juez de garantías pierden competencia para seguir actuando, pues lo hasta ahí adelantado debe remitirse al de conocimiento para que cite a audiencia de individualización de pena (en el primer caso) o audiencia de aprobación del acuerdo si se trata de preacuerdo.

En síntesis, aceptados los cargos por un imputado (por cualquiera de las especies) ni el juez puede exigir, ni el fiscal está obligado a elaborar escrito de acusación, pues el fallador deberá actuar con base en la acusación que llega a su conocimiento, que no es distinta al acta de allanamiento o preacuerdo.”

Por tanto, el cambio de jurisprudencia en la decisión adoptada sobre la temática referida en los párrafos anteriores, no lo comparto. Así se expresó la Sala mayoritaria: “el momento oportuno para la aducción de los elementos materiales de conocimiento que habrán de ser valorados por el juez de conocimiento-incluidos favorables al acusado- a fin de decretar la legalidad

del allanamiento y dictar la correspondiente sentencia, **es la presentación del escrito de acusación**".

La oportunidad de la actividad probatoria en las terminaciones abreviadas, en el caso de los allanamientos, el ciclo lo cierra el siguiente aparta del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1453 de 2011, al señalar: "*examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación...*". Para el caso de los preacuerdos, específicamente en el inciso tercero del artículo 351 del C de P.P., se señala: "*En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación*", para agregarse seguidamente que "*Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente*".

Obsérvese que de los textos legales, las facultades de las partes e intervinientes en materia probatoria queda cerrada sin discusión en el proceso en trámite a partir del momento en que se hace la declaración de verificación de legalidad del allanamiento o de la aprobación del preacuerdo, por ello hasta ese momento anterior es posible aportar al expediente elementos probatorios vinculantes que incidan en la decisión judicial a adoptar, en obediencia a los principios de preclusividad y debido proceso probatorio.

2.3 Rebaja de la pena

2.3.1 Debe aplicarse a todas las sanciones penales

Extracto n. ° 274.

Número de radicado	:	26255
Fecha	:	18/07/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Considera la Corte que la determinación de la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no consultó las consideraciones del juzgador, en el sentido que le reconocía al acusado la rebaja de pena del 50% por haber aceptado los cargos antes de la

audiencia de formulación de la acusación, en la medida en que no se la hizo extensiva a dicha sanción.

En efecto, como se anunció en precedencia, el juzgador de primera instancia, inicialmente determinó la pena privativa de la libertad en 102 meses de prisión y la de multa en 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes; empero, en el acápite que llamó de los “**Fenómenos Posdelictuales**”, textualmente estimó:

“Como quiera que el señor SERP aceptó los cargos determinados por la fiscalía, mediando solicitud antes de la acusación y verificada en esta audiencia, la pena se disminuirá aplicando el principio de favorabilidad en la mitad, conforme lo establece el artículo 351 del C.P.P., por lo que en definitiva la pena a imponer al enjuiciable será de CINCUENTA Y UNO (51) MESES DE PRISIÓN y TREINTA Y CINCO (35) S.M.L.M.V e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso de (5) años.”.

De acuerdo con la anterior transcripción, surge claro que al aplicar la rebaja de pena contemplada en el artículo 351, inciso 1°, de la Ley 906 de 2004, excluyó la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, yerro que atenta contra las garantías del sentenciado y que impone la intervención de la Corte para subsanarlo.

Frente a este punto, la Corte aclara que el término pena a que alude el citado artículo 351, no está destinado, de manera exclusiva, a la pena privativa de la libertad sino a todas aquellas sanciones que contenga el tipo penal y, por supuesto, también se encuentra contenidas en dicha expresión las accesorias que correspondan teniendo en cuenta el acontecer fáctico declarado como probado en los fallos de instancia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 351

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 02 may.2012, rad. 38524.

2.3.2 Rebaja por aceptación de cargos cuando el implicado ha sido capturado en flagrancia

Extracto n. ° 275.

Número de radicado	:	38285
Fecha	:	11/07/2012
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Precisión jurisprudencial acerca del alcance y contenido del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

En lo atinente a la configuración normativa consagrada en la Ley 1453 de 2011, igualmente es claro que la iniciativa se soportó en eliminar la impunidad, luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo, con el fin de aumentar la efectividad del procedimiento, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil, todo ello en procura de fortalecer la seguridad ciudadana, uno de los objetivos centrales del Gobierno Nacional.

Referente al procedimiento penal, la mencionada ley se sustenta en tres pilares fundamentales, a saber: la flexibilización de los requisitos para la realización de actuaciones investigativas, el aumento de los términos procesales y la modificación de los requisitos para imponer la detención preventiva, fijando unos menos rigurosos; empero, durante el trámite legislativo y dentro de la función que le otorga el artículo 150 numeral 2° de la Constitución Política, el Congreso de la República, entre otras modificaciones, reformó el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el cual introdujo un parágrafo del siguiente tenor:

“La persona que incurra en las causales anteriores (flagrancia) sólo tendrá 1/4 del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

Como quedó dicho, los legisladores están facultados para reformar los Códigos; sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esa importante labor debe realizarse consultando criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas. De suerte que atendiendo los fines perseguidos con la expedición de la Ley 1453 de 2011, en primer lugar, la Corte advierte que la modificación introducida al mencionado artículo 301, al adicionarse el citado parágrafo, consulta los fines que motivaron la expedición de la mencionada ley, en la medida en que la misma se erige en un supuesto tendiente a luchar contra la criminalidad que más agobia a la sociedad.

Mírese como la norma consulta específicamente los fines consagrados en esa unidad normativa, esto es, la de luchar contra el terrorismo, la criminalidad organizada y lo más importante, lograr la efectividad del

procedimiento, en cuanto al derecho material, sopesando los bienes en conflicto y partiendo de la situación de flagrancia.

De tal manera, la anunciada modificación del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, no resulta extraña a las razones que llevaron al legislador a realizar la configuración normativa, ni tampoco desquician las bases procesales consagradas en la Ley 906 de 2004, respecto de los institutos de allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o procesado, según el caso.

En efecto, dígase de manera imperativa que el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 lejos de alterar la sistemática reglada en el Código de Procedimiento Penal de 2004, lo que hizo fue modular el monto de la rebaja de pena a que tenían derecho las personas capturadas en flagrancia y que se hubiesen allanado a cargos en la audiencia de imputación.

Es decir, esa reforma no desconoció los institutos de allanamiento a cargos y preacuerdos y negociaciones, los cuales se edifican sobre la base de que a mayor colaboración y mayor economía procesal, más significativa ha de ser la respuesta premial.

Así, se puede concluir que el legislador en el estudio y redacción de la norma, acató los presupuestos de razonabilidad y proporcionalidad del sistema acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, en tanto no estableció procedimientos especiales ni modificó las bases del proceso penal.

Por tanto, contrario a lo expuesto por el defensor, el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, introducido con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, no vulnera el principio de igualdad, en lo atinente a los beneficios punitivos consignados en la Ley 906 de 2004 frente a los institutos en precedencia enunciados y para aquellos sujetos que no fueron aprehendidos en flagrancia, pues en torno a ese tema no se puede predicar que en ambas circunstancias las personas se encuentran en igualdad de condiciones, pues no es lo mismo haber sido capturado en flagrancia que ser ajeno a tal situación, por cuanto en el primero de los supuestos, surge con mayor nitidez el compromiso penal por esa particularidad, concluyéndose que el desgate del Estado, en orden a investigar la infracción a la ley, es mucho menor cuando media flagrancia que cuando está ausente esa evidencia probatoria; de ahí que no resultaría equilibrado otorgar el mismo beneficio punitivo si el allanamiento a cargos o el acuerdo lo realiza un imputado descubierto en flagrante delito que cuando la aceptación de culpabilidad tiene lugar sin que exista una situación de tanto compromiso probatorio.

Igual acontece con la crítica hecha al párrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004, consistente en que transgrede la presunción de inocencia, toda vez que este principio conserva plena

vigencia, a menos que durante el desarrollo del proceso surjan elementos probatorios que comprometan la responsabilidad penal del procesado, como ciertamente ocurre cuando el agente ha sido descubierto en situación de flagrancia.

Es por ello por lo que esta censura carece de sentido, en tanto que la mayor intensidad en el compromiso penal del imputado, deviene únicamente de la unidad probatoria incorporada al trámite, por cuanto no se puede pasar por alto que las decisiones sólo pueden tener como fundamento los elementos de conocimiento allegados al diligenciamiento, aspecto que corresponderá ser analizado por el operador judicial en cada caso en particular, a fin de construir los respectivos juicios de hecho y de derecho.

De conformidad con lo anterior, la Corte aclarará el sentido del fallo de casación adoptado el 5 de septiembre de 2011 dentro del radicado 36502, a fin de precisar la jurisprudencia acerca de este tópico.

Ante todo vale destacar que los argumentos consignados en la mencionada providencia, tuvieron como soporte dar una ajustada interpretación, teniendo como base la sistemática reglada en la Ley 906 de 2004, respetando la intención del legislador al adicionar el artículo 301 a través del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que no era otro que el de acoger la hermenéutica que la Sala había dado al instituto de allanamiento a cargos y al preacuerdo y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o procesado, según el evento, en especial las referenciadas con los radicados 27263 (29/072008), 28222(30/062010), 29902 (09/12/2010), 30273 (09/12/2010), 30550 (24/03/2010) 31061 (24/03/2010), entre otros, en torno a que las personas en situación de flagrancia, cuando no van acompañadas de un plus de colaboración, la rebaja de pena no puede alcanzar el 50%, según lo previsto para el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, así la economía procesal sea mayúscula, como por ejemplo, cuando la aceptación de cargos se produce a escasas horas de cometido el delito.

Recuérdese que frente a este tema como se adujo en la providencia de 5 de septiembre de 2011, un planteamiento como el anterior *“ha llevado a la Sala a estimar que ese premio punitivo puede ser del orden del 35 % o del 40%, en la medida en que debe ser superior –en todo caso- a una tercera parte más un día, dado que el acogimiento a los cargos se ejecuta en la primera oportunidad”*.

De otro lado, surge nuevamente oportuno reiterar que dentro de esas precisas facultades configurativas y basado en los anteriores pronunciamientos de esta Corporación, el legislador bien podía establecer un tratamiento procesal con efectos punitivos, diferente para los imputados sorprendidos en flagrancia y aquellos que sin estar en esa condición optan

por aceptar su responsabilidad aportando directa y personalmente fundamentos para ser condenados.

Es más, de acuerdo con nuestra historia legislativa, oportuno es recordar que en vigencia de la Constitución de 1886, se expidió el Decreto 050 de 1987, en el que se previó un trámite abreviado para situaciones de flagrancia. Igualmente, teniendo como nuevo marco normativo la Constitución de 1991, del mismo modo se exceptuaron de rebajas de pena por confesión estos eventos, según así se desprende de los artículos 299 del Decreto 2700 de 1991 y 283 de la Ley 600 de 2000, sin que ello implicara una transgresión del principio de igualdad, tal como se anotó en precedencia.

Sin embargo, la Sala advierte, compartiendo el criterio de la Procuradora Delegada, que le corresponde fijar el alcance interpretativo de la aludida modificación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004 hecha con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, consultando el espíritu del legislador y obviamente respetando la sistemática reglada en la ley procesal penal, a fin de mantener la coherencia de la actividad judicial.

De tal manera, si la intención del legislador, dentro del poder de configuración, fue la de reglar la rebaja de pena derivada del estado de flagrancia, teniendo como fundamento que esa particular situación ofrece sin mayor dificultad los medios de prueba que permiten la emisión, por regla general, de un fallo condenatorio, al consagrar: *“La persona que incurra en las causales anteriores (flagrancia) sólo tendrá 1/4 parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”*, la interpretación del mencionado precepto compete hacerse con total respeto a la sistemática allí contenida, la cual está sustentada en la progresividad de los beneficios punitivos ofrecidos por la aceptación de cargos y los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado, atendiendo los diversos momentos procesales en que puede darse la aceptación de responsabilidad.

Si no se hiciera de la manera señalada anteriormente, se entraría al campo del absurdo, pues en la audiencia de imputación la rebaja de pena equivaldría a una cuarta parte del cincuenta por ciento, mientras que para la preparatoria, esto es, ya en el curso del juicio oral, ese beneficio sería de la tercera parte de la sanción a imponer, es decir, habría una mayor rebaja para una etapa más avanzada del proceso, donde el acusado ha prestado menor colaboración con la administración de justicia.

Para prever ese tipo de situaciones en la aplicación de la justicia premial, la Sala en su fallo del 5 de septiembre de 2011, señaló que respetando el principio de progresividad de las rebajas por los institutos tantas veces mencionados, *“los verdaderos sentido y alcance de la restricción de la ¼ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que*

tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos bien sea por allanamiento o preacuerdo con el fiscal” (página 42 de la sentencia).

En ese propósito, de acuerdo con la Ley 1453 de 2011 el esquema de rebajas por razón de dichos institutos, corresponde realizarse teniendo en cuenta la flagrancia, pero obviamente respetándose las reducciones de pena inicialmente consagradas para el allanamientos a cargos y preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, de las cuales el sujeto sólo tendrá derecho a una cuarta parte de las regladas, interpretación que se ajusta al mencionado principio de progresividad y consulta con el querer del legislador.

Así, como lo destacó la Procuradora Delegada, la disminución del beneficio punitivo en una cuarta parte consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe extenderse a todos los momentos o etapas procesales en que se autoriza allanarse a cargos y suscribir acuerdos entre las partes, respetando desde luego las rebajas de pena inicialmente previstas para cada momento.

Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:

Rebajas punitivas por aceptación de cargos

Audiencia de formulación	de	Rebaja original	Rebaja actual
Art. 351		½ (50%)	12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia preparatoria		1/3 (33.3%)	8.33% (1/4 de la tercera parte)
Art.356 N.5			
Audiencia juicio oral		1/6 (16.6%)	4.16% (1/4 de la sexta parte)
Art. 367			

En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.

Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción.

A nivel de ejemplo, frente a una pena individualizada de 240 meses de prisión, se podrían presentar las siguientes variantes:

Si la persona capturada en flagrancia, en la audiencia de imputación se allana a los cargos atribuidos por la Fiscalía General de la Nación, según el parágrafo del artículo 301, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, sólo obtendrá una cuarta parte del beneficio allí reglado, esto es, el 12.5%, lo cual lleva a inferir que el descuento punitivo es de 30 meses, arrojando como sanción definitiva 210 meses de prisión.

Ahora, si la mencionada manifestación se realiza en la audiencia preparatoria, el acusado que fue capturado en flagrancia, únicamente tendrá derecho a la cuarta parte del beneficio estatuido en el artículo 356.5 de la Ley 906 de 2004, es decir, un 8.33%, porcentaje que aplicado al ejemplo, únicamente le reducirá la pena en 20 meses, para un total definitivo de 220 meses.

Y por último, si el acusado capturado en flagrancia acepta su responsabilidad en el juicio oral, de acuerdo con el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el cual regla “*una rebaja de una sexta parte de la pena imponible*”, surge nítido que tendrá derecho a una cuarta parte de ese beneficio, el cual se traduce en un porcentaje equivalente a un 4.16%, que aplicado al ejemplo, el mismo sería de diez (10) meses, quedando la sanción definitiva en 230 meses».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991
Ley 906 de 2004, arts. 301, 351, 352 y 367
Ley 1453 de 2011, art. 57

2.4 El allanamiento a cargos cuando el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del delito no está condicionado a que se reintegre el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento y a asegurar el recaudo del remanente, como ocurre en el preacuerdo

Extracto n. ° 276.

Número de radicado	:	34829
Fecha	:	27/04/2011
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

« [...] por razón de las diferencias entre uno y otro instituto sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo más no del allanamiento.

En efecto, dígase que mientras en el allanamiento, entendido como la pura y simple aceptación de cargos, el acusado o imputado se somete voluntaria y unilateralmente a los cargos tal como se los formula la fiscalía sin posibilidad alguna de negociar alguno de los aspectos citados en precedencia, en el acuerdo o negociación, en contraste, puede decirse que el imputado o acusado tiene un cierto margen para, en consenso con la fiscalía, configurar los cargos en su contra.

Así, bien puede decirse que en el allanamiento solamente el que se somete es quien cede, mientras que en el preacuerdo ambas partes lo hacen: el acusado o imputado porque renuncia e ejercer el derecho de defensa dentro de un juicio oral, público y contradictorio; y la fiscalía, por cuanto los términos de la acusación los fija, no de manera del todo autónoma sino en consenso con el sujeto pasivo de la acción penal.

De allí que resulte lógico que, a la hora de aprobar el preacuerdo, al imputado o acusado que tiene la facultad de tomar parte en la determinación de los cargos que habrá de aceptar se le someta a condicionamientos más rigurosos que a quien simplemente se allana: uno de ellos es, precisamente, la exigencia de reintegrar al menos la mitad de lo percibido en los casos de delitos que involucren un incremento patrimonial, o bien asegurar el recaudo del remanente, exigencia que no pesa sobre quien unilateralmente se acoge a los cargos tal como la fiscalía se los formula.

Lo anterior no significa que el reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido por el agente carezca de relevancia en los eventos en que aquél se ha allanado a los cargos, pues naturalmente podrá tenerse en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de rebaja por razón de la aceptación de los formulados en la audiencia de imputación, en el entendido que la rebaja consagrada en la ley es hasta en la mitad (artículo 351 de la Ley 906 de 2004); así mismo, podrá constituir un criterio para individualizar la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente, o bien al disponer sobre el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto en este último caso la

reparación del daño es presupuesto para su concesión, según lo dispone el artículo 38, 3 del Código Penal».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, art. 38-3
Ley 906 de 2004, arts. 349 y 351

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 05 sep. 2011, rad. 36502.

2.5 Oportunidad procesal para discutir la competencia en el proceso en que hay allanamiento a cargos

Extracto n. ° 277.

Número de radicado	:	45745
Número de providencia	:	AP1823-2015
Fecha	:	13/04/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

«La audiencia de formulación de acusación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 339 y siguientes de la Ley 906 de 2004, constituye el escenario propicio para que las partes e intervinientes “*expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere*”.

En el presente asunto, como quiera que los imputados se allanaron a los cargos imputados, la terminación anticipada del proceso supone la no realización de la audiencia de formulación de acusación.

Ello no implica la imposibilidad de impugnar la competencia del funcionario, pues a partir del artículo 293 *ibídem*, en aquéllos eventos en que el procesado admite su responsabilidad en la primera oportunidad procesal prevista para ese efecto, se entiende que “*lo actuado es suficiente como acusación*”.

Así las cosas, bien podía la Agente del Ministerio Público cuestionar la competencia del juzgador en la audiencia instalada para la verificación del allanamiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 339 y 293

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencia: CSJ AP7405-2015 y CSJ AP3570-2016.

3. ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO DERIVADO DE UN PREACUERDO DE CULPABILIDAD

3.1 Finalidades de las negociaciones y acuerdos entre la Fiscalía e imputado o procesado

Extracto n. ° 278.

Número de radicado	:	21347
Fecha	:	14/12/2005
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Las finalidades de las negociaciones y acuerdos entre Fiscalía e imputado o procesado, declaradas por el legislador en la norma citada, son:

- Humanizar la actuación procesal y la pena.
- Obtener pronta y cumplida justicia.
- Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito.
- Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto. Y,
- Lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

En particular ésta última, originada en el principio democrático de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan contenido en el artículo 2° de la Constitución Política, se vincula con la idea de una justicia en la que sin desconocerse los derechos de la víctima y el interés de la Fiscalía por lograr cierta respuesta sancionatoria en un caso concreto, el procesado siempre cuenta con la opción de anticipar la sentencia a cambio de una rebaja en la pena, así la Fiscalía se niegue a conversar con él para negociar sobre hechos a imputar y consecuencias.

Lo puede hacer a través de la figura de la aceptación de cargos, presente a lo largo del trámite procesal con diferente impacto en la pena a imponer según el instante del allanamiento, debiéndose eso sí acordar con la Fiscalía la porción de la rebaja punitiva en todos aquellos casos en los que la misma sea flexible y no automática».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 348

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 18 Abr. 2012, rad. 38146; CSJ SP16247-2015, y CSJ SP16933-2016.

3.1.1 El preacuerdo debería expresar de manera precisa sus finalidades, que además deben verse reflejadas en sus términos, alcance y efectos

Extracto n. ° 279.

Numero de radicado	:	46688
Número de providencia	:	SP16247-2015
Fecha	:	25/11/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«El fin de los preacuerdos, así lo enseña el mencionado precepto, es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

Tales lineamientos no son solamente un catálogo de buenas intenciones, sino que deben verse reflejados en los términos, alcance, aplicación y efectos del preacuerdo; su cumplimiento no se satisface con la sola mención del contenido de la norma que los consagra, ni con la cita vacua y apenas formal de una u otra de las finalidades previstas en la norma.

Aun cuando, naturalmente, un preacuerdo elaborado de manera prolija y rigurosa debería expresar de manera precisa sus finalidades, lo relevante es que de su contenido material se deriven elementos de juicio que permitan

ver de qué manera se concreta y aprestigia el valor justicia, en qué forma se consigue la humanización de la pena, cómo con el preacuerdo en verdad se soluciona el conflicto social generado por el delito y se provee eficazmente a la reparación integral de los perjuicios ocasionados por este, o, en fin, de qué manera con esta modalidad de la justicia premial el procesado logra participar en la definición del caso».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 348

3.2 Preacuerdos y negociaciones deben regirse por los principio de lealtad y buena fe

Extracto n. ° 280.

Número de radicado	:	24764
Fecha	:	01/06/2006
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] estima la Corte que los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado deben regirse por los principios de lealtad y buena fe, por lo que todo aquello que constituya su objeto -desde que no violente garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley-, ha de ser incorporado de manera integral al acta pertinente, lo más completa, clara y precisa posibles, a efecto de no generar falsas expectativas, pues dichos acuerdos, como lo pregona un sector de la doctrina, mal pueden servir de instrumento para sorprender o engañar al imputado o acusado, y menos para colocarlo en situación de inferioridad. De ahí que la propuesta fiscal deba ser seria, concreta, inteligible y con vocación de aceptación como diáfananamente lo prevé el Art. 369 en el caso de manifestaciones de culpabilidad preacordada, al disponer que en un tal evento la Fiscalía tenga que indicarle al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere. *“La trascendencia del convenio comporta que al mismo no debe llegar el fiscal a improvisar sino con debida, escrupulosa y meditada preparación (...)”*⁶⁰».

⁶⁰ Gustavo Gómez Velásquez, Aproximación al tema de los Preacuerdos y Negociaciones en el Código de Procedimiento Penal -ensayo-, Sistema Penal Acusatorio, Reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma, Fiscalía General de la Nación.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 369

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 10 ago. 2006, rad. 25196; CSJ AP, 03 oct. 2007, rad. 28381; CSJ AP, 10 jun. 2008, rad. 29368; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34787; CSJ AP, 27 abr. 2011, rad. 34829, y CSJ SP931-2016.

3.3 Aspectos que son susceptibles de ser preacordados –objeto del convenio–

Extracto n. ° 281.

Número de radicado	:	41570
Fecha	:	20/11/2013
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser preacordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de manera escueta que se trata de convenir lo que “*implique la terminación del proceso*”; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán “*los hechos imputados y sus consecuencias*”⁶¹sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.

Respecto de este tópico la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas:

“el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su

⁶¹Artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

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

También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que:

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

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima...”⁶³(Subrayas fuera del texto original).

Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.

⁶²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 14 de diciembre de 2005, radicación No. 21347; sentencia del 10 de mayo de 2006, radicación No. 25389, entre otras.

⁶³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 20 de octubre de 2010, radicación No. 33478. En igual sentido, sentencias del 10 de mayo de 2006 y 22 de junio de 2006, bajo los radicados No. 25389 y No. 24817, respectivamente.

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

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

[...]

[...] que en el sub examine el acuerdo celebrado por el Fiscal [...] Delegado ante el Tribunal y el acusado **ST** en el que degradaron la participación de éste en la conducta que le había sido imputada, de autor a cómplice, se ajusta a la normatividad relativa al tema que comporta y lo que sobre el particular ha dicho la Corte.

Igualmente, resultaba legalmente admisible que se pactara el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por cuanto a más de encontrarse dentro del ámbito de los preacuerdos aquellas negociaciones referidas a la modificación en las condiciones para la ejecución de la pena privativa de libertad, se comprende sin dificultad que con su reconocimiento en el sub júdece no se vulnera la limitante consagrada en el inciso segundo del artículo 351 del C.P.P. en los siguientes términos: *“Si hubiera un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”*, puesto que los subrogados y beneficios judiciales o administrativos no hacen parte del factor pena *ni se constituyen en elemento para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena*⁶⁴.

De tal forma que un derecho premial, que admite acordar sobre todas las consecuencias de la aceptación de la imputación o acusación, no sólo de las penales sino también de las civiles y, entre aquéllas, además de la cantidad de sanción también respecto de las condiciones para su ejecución, y que apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones porque de lo

⁶⁴Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 8 de julio de 2009, radicación No. 31531.

contrario colapsaría⁶⁵, no resultan tolerables las exclusiones generalizadas como las contempladas en la decisión proferida por el *a quo*, pues luego de hacer referencia a múltiples providencias de esta Sala y las “*talanqueras*” consagradas en los artículos 28 y 13 de Leyes 1453 y 1474 de 2011 para el reconocimiento de “*beneficios en los delitos contra la administración pública*”, afirma que el juez de conocimiento debe improbar los preacuerdos en los que advierta que el proceso penal se ha convertido en “*un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de administrar justicia*”, desestimando, de esa forma, conceder la prisión domiciliaria.

Empero, lo cierto es que la remisión que hace el Tribunal a variados pronunciamientos de la Corte, tan solo reafirma lo sostenido por ésta a partir del fallo del 19 de octubre de 2006⁶⁶, en cuanto a que la autoridad judicial a más de verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, debe velar por el respeto absoluto de las garantías fundamentales, dentro de las cuales se encuentran la legalidad de los delitos y de las penas, así como las de tipicidad y jurisdiccionalidad del sistema⁶⁷».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, arts. 32 núm. 3, 4, 5, 6, 7,10 y 12; 56; 57 y 62

Ley 906 de 2004, arts. 348, 350, 351 y 352

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 14 dic. 2005, rad. 21347; CSJ AP, 10 may. 2006, rad. 25389; CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 33478; CSJ AP7233-2014, y CSJ SP2168-2016.

3.3.1 Consideraciones respecto al convenio celebrado para contar con permiso de trabajo

⁶⁵En la aclaración de voto del magistrado Mauro Solarte Portilla a la sentencia del 23 de agosto del 2005, radicado 21.954, se recuerda que “El ChiefJustice Burger en el caso Santonello Vs New York señaló que “una reducción del 90 al 80 % en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (Jueces, Secretarios Judiciales, Jurados, etc.), mientras que la reducción al 70 % exigiría triplicarlos”.

⁶⁶Radicación 25724.

⁶⁷La jurisdiccionalidad en estricto sentido se refiere de manera concreta a la garantía “*nullum iudicium sine accusatione*”. FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”. Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 96.

Numero de radicado		44060
Número de providencia	:	AP6051-2014
Fecha	:	01/10/2014
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Los asuntos que ocupan la atención de la Corte se centran, entonces, en verificar, en el presente control de legalidad, si el “*permiso para trabajar*” pactado entre el ente acusador y el procesado es en verdad susceptible de consenso, como lo alegan los impugnantes o si, por el contrario, desborda el ámbito de aquello que puede ser objeto de estipulación.

Observa la Corte que en el contrato de prestación de servicios suscrito el 13 de enero del 2014 por la abogada litigante MC y el aquí acusado LEST, anexo al acta de preacuerdo calendado 10 de febrero del año en curso, se acordaron las siguientes obligaciones para éste:

“TERCERO: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Constituye la principal obligación: a) Actuar confidencialmente, esto es, que las informaciones que obtenga relacionadas con los diferentes procesos y asuntos serán reservadas y de exclusivo conocimiento y socialización de la contratante. b) Desarrollar sus gestiones con diligencia y cuidado, atendiendo las citas de los clientes en la medida en que sean así agendadas entre las 8 de la mañana a las 6 de la tarde de lunes a viernes, y entre las 9 de la mañana y 2 de la tarde los días sábado para lo cual contará como lugar fijo para sus labores contractuales las dos oficinas del grupo jurídico M&B con todos sus equipos y logística de que están dotadas. c) Prestará acompañamiento a la abogada contratante a las diferentes audiencias y diligencias judiciales cuando a ello hubiere lugar y así se estime conveniente, ante los diferentes despachos judiciales. d) Para dar cumplimiento al objeto contractual, atenderá de su propio peculio los desplazamientos que deba efectuar ante los diferentes edificios de la Rama jurisdiccional en donde funcionan los despachos judiciales ante los cuales se llevan y llevarán las acciones judiciales que sean confiadas a la contratante. e) y en general desarrollar todas las actividades propias que se requieran con los fines antes señalados.”

Evidente es que las transcritas obligaciones contractuales desconocen la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 583 de 2000; así como las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía y el Código Disciplinario del Abogado⁶⁸, en la medida en que con su práctica el procesado desarrollaría actividades atinentes a “la

⁶⁸ Ley 1123 de 2007.

*consulta y asesoría a particulares*⁶⁹, ubicándose, de esta forma, en uno de los contextos en los que en el Decreto 196 de 1971 se consagra que el abogado ejerce su profesión⁷⁰.

Aun cuando el mismo acusado, en calidad de recurrente, afirma que se le contrata para “*elaborar minutas, contratos, poderes y toda clase de documentos jurídicos; [así como] estar atento al control de términos[,] prestar acompañamiento a la doctora MC a las diferentes audiencias y diligencias jurídica [para] asistirle a las necesidades que tenga desde afuera del estrado judicial, [tal como sería] la consulta de jurisprudencia que requiera para el adecuado ejercicio profesional de los asuntos litigiosos*”, y que para el desarrollo de tales actividades no se requiere ser abogado o tener pericia en área jurídica, lo cierto es que para el cabal cumplimiento de las transcritas obligaciones sí se requiere poseer los conocimientos adquiridos en la carrera de derecho.

Igualmente, no obstante que el procesado ST asevera durante su intervención como apelante “*que no se le contrata para laborar con ninguna otra persona natural o jurídica [distinta a la abogada MHMC] que se trata de una ayudantía... para las cuales no se requiere personas formadas en la disciplina del derecho*”, es de su propio discurso que se evidencia con claridad meridiana que sus “*quehaceres*” se contraen a brindar asesoría a los clientes de la empresa XXX y litigar por interpuesta persona en defensa de sus intereses.

En otras palabras, el permiso solicitado para trabajar en los términos que se contempla en el preacuerdo celebrado el 10 de febrero de 2014 por la Fiscalía y el acusado, junto con lo estipulado en el contrato suscrito por el procesado ST y la abogada MHMC, vulnera flagrantemente el régimen de incompatibilidades previsto en el Decreto 196 de 1971 modificado por la Ley 583 de 2000, donde se prevé la imposición de sanciones para eventos como el presente, en atención al riesgo social que indudablemente se halla ligado al ejercicio de la profesión de abogado, y que parte de considerar su innegable incidencia en la satisfacción de la solidaridad social y en la eficacia de los derechos constitucionales⁷¹.

⁶⁹ Sentencia C- 290 de 2008. «*La Corte ha considerado que el abogado ejerce su profesión principalmente en dos escenarios: (i) por fuera del proceso, a través de la consulta y asesoría a particulares, y (ii) al interior del proceso, en la representación legal de las personas naturales o jurídicas que acuden a la administración de justicia para resolver sus controversias.*»

⁷⁰ «*ARTICULO 1o. La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia.*

ARTICULO 2o. La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas.»

⁷¹La Corte Constitucional en sentencia C- 290 de 2008, consideró que la referida proscripción de ejercer la profesión de derecho para quienes se encuentren cumpliendo pena de prisión, tiene por objeto evitar «*poner en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales, como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho de petición, el derecho a la defensa y, especialmente, el acceso a la administración de justicia*»

Relevante resulta recordar que aun cuando el trabajo se erige ciertamente en una de las bases de la Constitución Política de Colombia, mereciendo trato especial y prolija normatividad que tiende a su dignificación y protección, no por ello puede colegirse que la Carta patrocine un desempeño de las profesiones u oficios despojado de todo nexo con los deberes y obligaciones que su ejercicio impone y en absoluta independencia de la indispensable regulación legal y de la necesaria inspección y vigilancia de las autoridades competentes por razones de interés general.

Ni la concepción más extrema de las libertades admite que ellas se ejerzan en contra de la colectividad. Pretender que todo derecho es absoluto implica el desconocimiento del marco social y jurídico dentro del cual ellos actúan y, por eso mismo, representa la legitimación del abuso y la ruptura de las reglas mínimas de convivencia, que son justamente las que hacen imperativa la reglamentación de las profesiones.

Particularmente, en lo atinente al ejercicio de la abogacía, el legislador se ha ocupado de expedir diversos estatutos con el propósito de regular dicha actividad, imponer algunas restricciones y señalar los correctivos pertinentes; verbigracia, en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, se consagra la siguiente prohibición:

“No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

Parágrafo. *Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley.*

2. Los militares en servicio activo, con las excepciones consagradas en el Código Penal Militar.

3. Las personas privadas de su libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento o sentencia, excepto cuando la actuación sea en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos penitenciarios y carcelarios.

4. Los abogados suspendidos o excluidos de la profesión.

5. Los abogados en relación con asuntos de que hubieren conocido en desempeño de un cargo público o en los cuales hubieren intervenido en ejercicio de funciones oficiales. Tampoco podrán hacerlo ante la dependencia en la cual hayan trabajado, dentro del año siguiente a la dejación de su cargo o función y durante todo el tiempo que dure un proceso en el que hayan intervenido.” (Subrayas fuera del texto principal.)

Entonces, la transcrita prohibición no obstaculiza el derecho del procesado a trabajar, afirmación del recurrente que para esta Corte resulta inaceptable, pues parte de la premisa falsa de que solo puede derivar su sustento desempeñándose en actividades jurídicas, cuando lo cierto es que siendo una persona vital y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, tiene a su alcance un sinnúmero de posibilidades laborales, así no sean de carácter profesional, para obtener ingresos que le permitan subsistir mientras se rehabilita para volver a ejercer la profesión de abogado».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 583 de 2000, art. 2

Ley 1123 de 2007, art. 29

Decreto 196 de 1971

3.4 Modalidades de preacuerdo: la que modula el delito imputado o por el cual se acusa y la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada (consideraciones cuando la persona ha sido capturada en flagrancia –art. 301-§–)

Extracto n. ° 283.

Número de radicado	:	45736
Número de providencia	:	SP2168-2016
Fecha	:	24/02/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante la captura en flagrancia de los procesados, se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el parágrafo del artículo 301 de la

Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación⁷², se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 *ibidem*. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el párrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley indicada “*en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.*”

En las conclusiones de esa decisión, se consignó:

La Corte Constitucional entonces declarará exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

⁷² STP17226-2014, STP3646-2015 y STP10043-2015, radicados 76549, 78742 y 80476.

Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del párrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 301, 350, 351 y 352

Ley 1453 de 2011, art. 57

Extracto n. ° 284.

Numero de radicado		47588
Número de providencia	:	SP13350-2016
Fecha	:	20/09/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] la Ley 906 de 2004 dispone que la Fiscalía y el imputado o acusado, con miras a alcanzar los elevados fines previstos en ella, pueden “llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso” (artículo 348) y señala que tales preacuerdos pueden consistir:

1) En la simple aceptación de los cargos formulados, en cuyo caso el procesado se hace acreedor a que “la pena imponible” se le rebaje en una proporción fija (artículo 293 y artículo 351, inciso primero). **O**,

2) En negociaciones “sobre los términos de la imputación” (artículo 350, inciso primero) o “sobre los hechos imputados y sus consecuencias” (artículo 351). También en conversaciones que conduzcan a la eliminación de “alguna causal de agravación punitiva” o de “algún cargo específico” (artículo 350, inciso segundo, numeral primero) o a que la Fiscalía “tipifique” la conducta “de una forma específica con miras a disminuir la pena” (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo)».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP7100-2016 y CSJ SP16933-2016.

Vale la pena resaltar que el **Dr. Eugenio Fernández Carlier** ha expresado una posición diferente en cuanto a las modalidades de preacuerdo, por lo que se aconseja remitirse al acápite **Posiciones minoritarias actuales de la Sala de Casación Penal respecto de preacuerdos y negociaciones**, contenida al final de este tomo, para mayor ilustración.

3.5 Para la celebración de un acuerdo entre la fiscalía y el imputado se necesita un mínimo de acervo probatorio que demuestre la responsabilidad del procesado

Extracto n. ° 285.

Número de radicado	:	27337
Fecha	:	23/08/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

« [...] debe significar la Sala, que por virtud de la forma extraordinaria de terminación del proceso penal inserta en el capítulo de acuerdos y preacuerdos, remitida a la teleología que anima la Ley 906 de 2004, encaminada a facultar soluciones consensuadas a la pretensión punitiva estatal, la exigencia probatoria pasible de cumplir para efectos de la emisión de fallo de condena, dista mucho de corresponderse con la exhaustiva demostración instituida respecto de la tramitación ordinaria, entre otras razones, porque no se faculta la controversia propia de la audiencia del juicio oral y la decisión se funda no en pruebas, dentro del estricto sentido que a estas otorga la normatividad en cita, sino en elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que hasta el momento del avenimiento de voluntades, ha recopilado el ente acusador.

Precisamente, como soporte constitucional y legal del presupuesto material demandado para emitir fallo de condena en los casos de acuerdos y preacuerdos, advierte el artículo 327 del C.P.P., que a fin de no comprometer el principio de presunción de inocencia, en estos eventos debe allegarse el mínimo requerido en aras de “...inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 327

Extracto n. ° 286.

Número de radicado	:	42184
Número de providencia	:	SP13939-2014
Fecha	:	15/10/2014
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] también como límite expreso a las facultades del Fiscal, el artículo 327, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, determina “*La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permitan inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”.

La norma, debe decirse para evitar equívocos, busca eliminar la posibilidad de acudir al principio de oportunidad u obtener preacuerdos respecto de conductas no tipificadas como delitos o personas que no intervinieron en los

mismos. De ahí que se exija un mínimo probatorio para sustentar la existencia de la conducta y posible participación del imputado o acusado en la misma».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 327

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 23 ag. 2005, rad. 21954; CSJ SP, 03 de abr. 2008, rad. 28998; CSJ AP, 02 de dic. 2008, rad. 30130; CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31280; CSJ AP6399-2014, y CSJ SP16907-2016.

3.6 Control material de la acusación y de los acuerdos

Extracto n. ° 287.

Número de radicado	:	45594
Número de providencia	:	SP14191-2016
Fecha	:	05/10/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Los rasgos esenciales del principio acusatorio corresponden al ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, la delimitación del proceso en fases de investigación y juzgamiento, conferida a organismos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador, y la relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes⁷³.

En consonancia con estas máximas, tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen *exclusivamente* a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento (artículos 250.4 de la Constitución Política y 336 y 339 inciso 2° del estatuto procesal).

⁷³ ASENICIO MELLADO, José María. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium, pp. 17-18.

Este acto de acusación, integrado por el escrito respectivo y la formulación oral de los cargos, ha sido entendido por la Sala como un ejercicio de imputación fáctico-jurídica, donde el Estado fija los contornos de la pretensión punitiva y delimita los referentes en torno de los cuales se adelantará la discusión sobre la responsabilidad penal del procesado (CSJ, AP4219-2016, 29 de junio de 2016, casación 45819).

El deber de acusar de la fiscalía también se expresa en la facultad de celebrar con el imputado o acusado preacuerdos y negociaciones orientados a que se anticipe la sentencia condenatoria, labor en la que el fiscal debe necesariamente gozar de un margen racional de maniobra, con el fin de que pueda adelantar su tarea de forma efectiva, en el entendido, además, que se trata de una forma de composición del conflicto, como ya lo ha precisado la Sala en otras oportunidades (CSJ AP2370-2014, 7 de mayo de 2014, Segunda Instancia 43.523).

Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias, (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales.

La postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886. En la primera, se dijo,

“[...] la confección del escrito de acusación es un acto de parte, de la Fiscalía General de la Nación, que, como se ve, está reglado, entre otros, por los artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004, acto que por su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales.

“En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de la acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio – solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna

manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo.

“[...] Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal”.

Esta postura fue reiterada en la sentencia de Casación 38256, de fecha 21 de marzo de 2012, donde se precisó,

“En este contexto, el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en ese acto complejo acusatorio. Por tanto, los hechos y los delitos fijados por la fiscalía vinculan al juzgador y la única posibilidad de controversia permitida a las partes e intervinientes es la concedida en el artículo 339, exclusivamente para que formulen observaciones sobre el cumplimiento de las exigencias del artículo 337 (auto de 5 de octubre de 2007, radicado 28294).

“En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto de 15 de julio de 2008, radicado 29994)”

En la decisión de Segunda Instancia de 14 de agosto de 2013 (radicación 41375), dentro de esta misma tendencia interpretativa, la Sala expuso,

“En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica de esa codificación debe ser la de articular un método que no genere incompatibilidades conceptuales a la hora de su aplicación, a partir de una fundamentación integral y con perspectiva sistemática...”.

Y en la decisión de Segunda Instancia fechada el 16 de octubre de 2013 (radicación 39886), sostuvo,

“Con dicha licencia para invalidar las formulaciones de imputación libremente aceptadas por el procesado, se desvertebra la sistematicidad del proceso adversarial, en tanto se coloca al juez en la condición de coacusador ya que se le autoriza a que exprese, con carácter vinculante, su propia teoría del caso, invadiendo la órbita requirente que le está asignada con exclusividad al fiscal; y, de paso, se produce una consecuencia altamente nociva para la operatividad del esquema, pues se altera el flujo de casos que se espera se tramiten por la vía del proceso abreviado, sin dejar de mencionar las enormes dificultades en que queda la fiscalía en materia de demostración de una teoría del caso que no es la suya, sino la del juez que decretó la nulidad.

“ [...] Por tanto, si se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso–, mediante la cual obliga al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, se desestructura la sistemática adversarial, dado que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, probarla. Pero además, compromete el programa metodológico, y por sobre todo, la iniciativa y responsabilidad de la fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio, argumentativo y a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.”

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004,⁷⁴ “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, a aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras

⁷⁴ El inciso segundo y su numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, dicen textualmente: ARTÍCULO 350: [...] El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280. En la primera se dijo,

“En suma, la Corte Constitucional declaró exequible la facultad del fiscal de IMPUTAR la (s) conducta (s) en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, **siempre y cuando** se adelante esa labor de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, pues en últimas “a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

“[...] Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera *consensuada, razonada y razonable* excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mesurar el *costo/beneficio* del preacuerdo.

“Todo ello dentro de la legalidad, dentro de los márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalicen o desacrediten la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y el derecho de las víctimas a conocer la verdad» (Las negrillas y las cursivas pertenecen al texto original).

Y en la decisión de 8 de julio de 2009, precisó,

“Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con la simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y debido proceso.”

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o

compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436. En el primero se dijo,

“En esas condiciones, la adecuación típica que la fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, **por regla general**, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

“Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta lesión a garantías fundamentales (auto de 16 de mayo de 2007, radicado 27218).

“La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado.

“ [...] La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de **única excepción**, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales.

“Es claro que esa **permisión excepcional** parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

“La transgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente o mejor”.

En la sentencia SP9853-2014, de 16 de julio de 2014, casación 40871, la Sala reiteró la anterior postura en los siguientes términos,

“Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que **por regla general** el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera

y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

La misma línea jurisprudencial fue planteada en la decisión AP6049-2014, de primero de octubre de 2014, Segunda Instancia 42452,

«En el proceso adversarial, **por regla general** el juez de conocimiento no puede controlar materialmente la acusación del fiscal, “pero **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes (CSJ, SP9853 16 de julio 2014. Radicación 40871).»

También se repitió en la sentencia CSJ SP13939-2014, de 15 de octubre de 2014, casación 42184, donde además se hicieron precisiones sobre la necesidad de que la intervención excepcional del juez obedezca realmente a violaciones objetivas y palpables, que no dejen duda sobre la real afectación de un derecho fundamental,

“El juez de conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la fiscalía, salvo que ésta desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

“Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

“En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, **que opera excepcionalísima**, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

“De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.”

Y una vez más se reiteró en la sentencia CSJ SP14842-2015, de 28 de octubre de 2015, casación 43436, donde se dijo,

“Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 julio 2014, radicación 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial,⁷⁵ concluyó que “**por regla general** el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la ley 906 de 2004, pero, **excepcionalmente** debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

Recapitulando, se tiene entonces que el criterio jurisprudencial que la Sala acoge actualmente en esta materia, y que hoy se reitera, reconoce que el juez, por regla general, no puede hacer control material de la acusación o de los acuerdos en procesos tramitados por la Ley 906 de 2004, y que solo le es permitido realizarlo, de manera excepcional, cuando objetivamente advierta afectaciones manifiestas y groseras de los derechos fundamentales».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250-4
Ley 906 de 2004, arts. 8, 336, 337, 339 inc. 2, 350, 443 y 448

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 6 de feb. 2013, rad. 39892; CSJ SP9853-2014, CSJ AP6049-2014, CSJ SP13939-2014, CSJ SP14842-2015, CSJ SP7100-2016 y CSJ SP179-2017.

3.7 Facultad de la Fiscalía para retirar el preacuerdo

Extracto n. ° 288.

Número de radicado	:	37555
Fecha	:	11/09/2013
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

⁷⁵ CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Ag. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886.

« [...] el retiro del escrito de acusación con preacuerdo por parte de la fiscalía, en manera alguna constituye motivo de nulidad, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 293, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, es posible desistir o retractarse del preacuerdo celebrado, siempre y cuando éste no haya sido aprobado por el juez de conocimiento.

Ciertamente, la justicia premial es parte de la estructura del nuevo modelo procesal penal, en cuya vigencia es factible la terminación extraordinaria del proceso por aceptación de cargos, a través de dos mecanismos:

(i) El unilateral, que opera por la sola voluntad del indiciado a través del allanamiento a cargos.

(ii) El consensuado, que demanda siempre de la voluntad de las partes, a través de una negociación reflejada en el acta de preacuerdo después presentada ante el juez de conocimiento para su aceptación.

Es del caso aclarar que el resultado de lo discutido ha de obedecer al consenso del procesado, asesorado por su defensor, y la Fiscalía, pero es esta última quien decide si negocia o no, de manera tal que si el imputado o acusado está dispuesto a preacordar, pero la Fiscalía no, prima la facultad del ente investigador.

En tales condiciones, el retiró del escrito de preacuerdo por parte de la fiscalía implica la manifestación libre de la voluntad encaminada a dejar sin efecto el acto que nació producto de esa manifestación libre de voluntad.

Sobre la facultad retirar el escrito de preacuerdo, se pronunció la Sala en los siguientes términos:

“...No obstante, contrario a lo sostenido por el recurrente, es claro que la irregularidad que pretende evidenciar no se perfeccionó como la concibe, ya que si bien la fiscal delegada para asistir a la audiencia de verificación del preacuerdo celebrada el 14 de noviembre de 2006 -diferente a la funcionaria titular con quien se había efectuado el preacuerdo- dejó de ejercer la facultad legal que le asistía para ratificar o desechar el pacto del 11 de octubre del mismo año, con el argumento de no ser la funcionaria que había hecho la negociación y desconocer la razón por la que el acta no se encontraba suscrita, lo cierto es que en la audiencia llevada a cabo el 17 de enero de 2007, la titular sí asistió, teniendo la posibilidad de subsanar el vicio formal del escrito y reafirmar lo pactado, sin que optara por convalidarlo sino por retirarlo antes de que fuera aprobado por la juzgadora.

De conformidad con el inciso 2º del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 -precisamente en aras de la efectividad del principio dispositivo que rige el sistema procesal penal de partes que actualmente impera en Colombia-, es

posible desistir o retractarse del preacuerdo celebrado, siempre y cuando éste no haya sido aprobado por el operador judicial de conocimiento.

Entonces, al margen de que la fiscalía hubiera o no dejado de actuar de conformidad con el principio de unidad de gestión al que hace referencia el casacionista o que el preacuerdo celebrado hubiera aplicado ilegalmente el principio de oportunidad, lo cierto es que el ente instructor resolvió desistir del preacuerdo celebrado con el procesado antes de su aprobación para dar paso a una forma de terminación abreviada del proceso diferente a la inicialmente pretendida, esto es, por medio del allanamiento a cargos, la cual fue avalado por la defensa del procesado, al manifestar su conformidad con esta última intención...”⁷⁶

En esas circunstancias, el reparo se queda en un enunciado pues el recurrente considera irregular una actuación que se cumplió acorde con las regulaciones del ordenamiento jurídico».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 293

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 23 ene. 2008, rad. 28298

3.8 Incidencia de los preacuerdos en la dosificación punitiva

Extracto n. ° 289.

Número de radicado	:	47588
Número de providencia	:	SP13350-2016
Fecha	:	20/09/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Incidencia de los preacuerdos en la dosificación punitiva.

Ahora, el problema jurídico que se plantea consiste en determinar si, por ser el preacuerdo un fenómeno postdelictual, el beneficio punitivo que del

⁷⁶ Sentencia del 23 de enero de 2008, radicado 28298

mismo se derive para el imputado o acusado debe operar sobre la pena previamente individualizada o si, por el contrario, puede afectar los límites mínimo y máximo de las sanciones previstas por la ley para la respectiva conducta punible. De cara a ello, ha de decirse que la solución depende del tipo de preacuerdo de que se trate en cada caso.

En efecto, la Ley 906 de 2004 dispone que la Fiscalía y el imputado o acusado, con miras a alcanzar los elevados fines previstos en ella, pueden “llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso” (artículo 348) y señala que tales preacuerdos pueden consistir:

1) En la simple aceptación de los cargos formulados, en cuyo caso el procesado se hace acreedor a que “la pena imponible” se le rebaje en una proporción fija (artículo 293 y artículo 351, inciso primero). **O**,

2) En negociaciones “sobre los términos de la imputación” (artículo 350, inciso primero) o “sobre los hechos imputados y sus consecuencias” (artículo 351). También en conversaciones que conduzcan a la eliminación de “alguna causal de agravación punitiva” o de “algún cargo específico” (artículo 350, inciso segundo, numeral primero) o a que la Fiscalía “tipifique” la conducta “de una forma específica con miras a disminuir la pena” (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo).

Precisando los diversos alcances que pueden tener los preacuerdos, la Sala, en CSJ SP 20 nov. 2013, rad. N°41570, reiterada en CSJ SP13939-2014, 15 oct. 2014, rad. N°42184, indicó:

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

Ahora, si bien no cabe discusión en cuanto a que el preacuerdo es un fenómeno posterior al delito, pues es evidente que tiene lugar después de su perpetración, más exactamente, cuando se está procesando a quien ha adquirido la calidad de imputado o acusado porque de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida la Fiscalía infirió razonablemente que pudo ser autor o partícipe del delito que se investiga (artículo 287) o afirmó, con probabilidad de verdad, su

calidad de autor o partícipe de una conducta delictiva que existió (artículo 336), según el caso, si se analizan las modalidades de preacuerdo que se encuentran previstas en la ley, necesariamente se llega a la conclusión que su incidencia sobre la determinación de la pena, aunque siempre ha de redundar en beneficio del procesado, no opera de igual manera en todos los casos.

Tratándose del primer tipo de preacuerdo, es decir, la simple aceptación de los cargos formulados, no hay dificultad alguna en aceptar la tesis expuesta por el tribunal en la sentencia que se examina, pues es indudable que primero se ha de determinar *“la pena imponible”*, siguiendo los criterios y metodología indicados por el legislador, para luego efectuar su reducción, en la proporción fija que corresponda, y arribar así a la que puede denominarse como pena efectiva.

Pero no sucede igual cuando, v. gr., las partes optan por celebrar un pacto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos imputados y acuerdan el monto de la pena, pues en tal eventualidad ni siquiera se aplica el sistema de cuartos (artículo 61 del Código Penal, modificado por el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, CSJ AP 7 feb. 2007, rad. N°26448). Menos aún, cuando se conviene la eliminación de *“alguna causal de agravación punitiva”*, pues si ésta es específica tal supresión impide que se incrementen los extremos punitivos del tipo básico; por tanto, es dentro de éstos que debe graduarse la sanción.

Finalmente, el preacuerdo para que la Fiscalía tipifique la conducta *“de una forma específica con miras a disminuir la pena”* determina la calificación jurídica del comportamiento y la consiguiente solicitud de condena, que se configuran según las correspondientes disposiciones del Código Penal. En consecuencia, en tales eventos lo que corresponde es la aplicación de lo dispuesto por el estatuto penal sustantivo, por ejemplo, en tratándose de complicidad, la imposición de *“la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”*, como lo ordena el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, operación que se ha de materializar según las indicaciones de los artículos 60-5 y 61 ibídem.

En tal caso, no es posible darle un tratamiento diferente a la disminución de la pena, como lo propuso el tribunal, porque ello implicaría infracción al principio de legalidad. Repárese, entre otros, en un caso en el que la Fiscalía ha formulado imputación por homicidio simple con dolo eventual y luego acuerda tipificar la conducta como homicidio culposo. En tal evento, sin desconocer el carácter postdelictual del preacuerdo, jurídicamente resulta imposible dejar de aplicar los linderos punitivos fijados por el artículo 109 del Código Penal.

[...]

Límites al beneficio derivado del preacuerdo para el imputado o acusado.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, si como producto del preacuerdo *“hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”*.

Si las partes acordaron degradar la forma de intervención de autor a cómplice y eligieron que tal variación tuviera efecto sobre el delito que hasta entonces, según la imputación y el escrito de acusación, era el más drásticamente sancionado, ninguna de ellas puede pretender que, luego de aplicada esa reducción punitiva, tal reato sea mantenido en la misma condición, esto es, como base para la dosificación punitiva concursal, contrariando la realidad matemática y los dictados del artículo 31 del Código Penal, pues ello excede los límites impuestos por la ley, al acarrear la concesión de un beneficio adicional al pactado.

Por el contrario, a las partes les correspondía prever cuáles serían las repercusiones de lo acordado, teniendo en cuenta que el juzgador debía ceñirse a lo normado por el precepto en comento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000 art. 30, 31, 60 y 61

Ley 906 de 2004 art. 293, 301, 348, 350 y 351

Ley 1453 de 2011 art. 57

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP2998-2014, CSJ SP13939-2014, y CSJ SP2168-2016.

3.8.1 Aplicación del sistema de cuartos cuando no se haya preacordado el monto de la sanción penal

Extracto n. ° 290.

Número de radicado	:	46991
---------------------------	---	-------

Número de providencia	:	AP3232-2016
Fecha	:	25/05/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El recurrente reclamó la falta de aplicación del inciso final del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004, al considerar que culminado el proceso por la vía del preacuerdo, en el cual se pactó a cambio de la aceptación de responsabilidad la atenuación del grado de participación delictual de autor a cómplice, no debía acudir al sistema de cuartos para individualizar la pena, situación que contrario a su parecer, no constituye falta susceptible de remedio a través del recurso extraordinario propuesto.

Al respecto, la Corporación ha explicado que⁷⁷:

“Sobre la posibilidad de aplicar el sistema de cuartos en aquellos eventos en que no se haya preacordado el monto de la sanción punitiva, desde el fallo de tutela del 4 de abril de 2006⁷⁸, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, precisó que si el acuerdo no incluye el monto o cantidad específica de la pena a imponer, el Juez debe acudir al aludido sistema para individualizarla. Dijo en esa oportunidad:

‘Ahora, cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción), el juez debe tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente, atendiendo factores tales como —a título ejemplificativo— la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el que —cuando sea del caso— se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc., sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función.

Asimismo, si se ha acudido al mecanismo de la negociación y dentro de ella se pactó el monto de la sanción, a ésta quedará vinculado el juez (art. 370), salvo que en su concreción se haya violado alguna garantía fundamental, no pudiendo por aquella razón (y en ello se explica la prohibición del art. 3 Ley 890/04) acudir al sistema de cuartos. Sin embargo, debe advertirse que si bien la limitante legal acabada de reseñar pareciera absoluta —en el sentido que la entendieron las instancias—, vale decir, que en todo caso de preacuerdo el mencionado sistema de dosificación está prohibido, ello no resulta así, porque frente a un preacuerdo donde el monto de la pena a

⁷⁷ CSJ. SP. de 29 de julio de 2008, Rad. 29788, reiterado, entre otras en AP. de 13 de noviembre de 2013, Rad. 41683.

⁷⁸ «Radicado T-24868».

imponer no haya sido pactado, al juez fallador —para individualizar la sanción— no le queda alternativa distinta que acudir al sistema de cuartos.

La conclusión, entonces, apunta a que la prohibición de la Ley 890-3 [inciso 5° del artículo 61 del Código Penal] sólo debe entenderse aplicable cuando ha mediado un preacuerdo contentivo del señalamiento de la pena a imponer, y ni siquiera cuando sólo se ha pactado el monto de la rebaja (como también puede ocurrir) pues en este último caso ese quantum de reducción acordado únicamente operará respecto de una sanción previamente individualizada.

Esta postura ha sido constante en sede de casación, precisando que si el acuerdo verificado entre la fiscalía y el procesado no se establece frente al monto punitivo, corresponde al operador judicial «dividir el ámbito de punibilidad en cuartos», como lo indica el artículo 61 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y seguir los parámetros indicados en aquella y en otras disposiciones del mismo régimen (como los artículos 59 y 60), para individualizar la sanción a imponer a cada imputado⁷⁹».

En el presente evento, tal como lo reseñara el demandante, el beneficio pactado a favor del procesado fue la modificación del grado de participación a uno de menor compromiso, se repite, de autor a cómplice, no obstante lo cual no se fijó una pena determinada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, arts. 59, 60 y 61
Ley 890 de 2004, art. 3

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 16 jun. 2006, rad. 24686; CSJ SP, 04 may. 2006, rad. 24531; CSJ AP, 01 nov. 2007, rad. 28384; CSJ AP, 13 nov. 2013, rad. 41683; CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 41570; CSJ SP, 29 jul. 2008, rad. 29788; CSJ SP12159-2014, CSJ SP7100-2016, CSJ AP4229-2016, y CSJ AP1001-2017.

3.8.2 La pena sustitutiva se determina con base en la conducta preacordada

Extracto n. ° 291.

⁷⁹ «Ver auto del 1° de noviembre de 2007, radicado 28384. En el mismo sentido ver sentencia del 4 de mayo de 2006, radicado 24531 y auto del 7 de febrero de 2007, radicado 26448».

Número de radicado	:	46684
Número de providencia	:	SP16907-2016
Fecha	:	23/11/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] el ad quem también se equivocó al afirmar que para efectos de establecer si procedía la referida pena sustitutiva, se debía tener en cuenta la tipicidad correspondiente y no la preacordada.

En efecto, con ello es claro que el Tribunal desconoce el alcance y poder vinculante de los preacuerdos y, en particular, el celebrado entre el implicado VT y la Fiscalía, en donde aquel aceptó su culpabilidad a cambio de que se degradara su conducta de autor a cómplice en el delito contra la seguridad pública atrás mencionado, tipificación que se ha debido tener en cuenta para analizar si procedía la prisión domiciliaria.

Sobre el particular conviene recordar que la Corporación⁸⁰ viene sosteniendo lo siguiente:

Pues bien, lo primero que importa resaltar, para la solución del caso puesto a consideración de la Sala, es que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado, por la vía del allanamiento a cargos o de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez, a quien le corresponde dictar el respectivo fallo anticipado, atendiendo a lo convenido por las partes, salvo que advierta vicios del consentimiento o vulneración de garantías fundamentales.

Recientemente así lo reiteró la Corte en CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 43356:

Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no solo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

De lo anterior deriva el primer desacierto del Tribunal, al escindir los efectos del preacuerdo bajo el entendido que S... R... aceptó su responsabilidad a

⁸⁰ CSJ SP, 31 jul. 2016, rad. 46101.

título de autor frente al injusto contra la seguridad pública, sancionado con una pena mínima de nueve (9) años de prisión y que ello es distinto al pacto de degradar la forma de participación de autor a cómplice, como única compensación por la aceptación de cargos.

Bajo esa errada creencia, estableció que no se cumple con el presupuesto objetivo consagrado en el artículo 38B, adicionado por la Ley 1709 de 2014, lo que estimó suficiente para revocar la prisión domiciliaria.

En casos como el presente, esto es, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736, cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes.

Así las cosas, es claro que en este caso el Tribunal no podía dejar de tener en cuenta la tipificación surgida a raíz del preacuerdo, con miras a estudiar la procedencia de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria.

De otra parte, si bien el juez a quo y Tribunal, para sustentar la negación de la prisión domiciliaria, esgrimieron la decisión de la Corte del 26 de noviembre de 2014 proferida dentro del radicado No. 44906, se observa que descontextualizaron su alcance con el fin de extraer de ella la conclusión según la cual, a pesar del preacuerdo, que en ese caso significó degradarle la forma de participación al procesado de autor a cómplice, en todo caso, para efectos de estudiar la concesión de la pena sustitutiva en mención, se le debía seguir teniendo en la calidad de autor.

[...]

[...] en la citada determinación no se afirmó que a pesar de que se degradaba la conducta de autor a cómplice al implicado, en todo caso se le debía condenar como autor, según lo entendieron equivocadamente los juzgadores de instancia, sino que en la formulación de la imputación y en la acusación, se había señalado que el procesado era autor y que era posible, en razón del preacuerdo celebrado, proferirle una sentencia en la calidad de cómplice, al tratarse de una de las posibilidades que contempla la ley (art. 350 de la Ley 906 de 2004).

Por tanto, puestos de presente los yerros en que incurrió el Tribunal, corresponde entrar a resolver los interrogantes que ofrece el caso bajo estudio, conforme se indicó inicialmente.

En ese sentido, se impone abordar el relativo a si la degradación que se hace con ocasión de un preacuerdo en torno a la forma de participación en el

delito, en concreto de autor a cómplice, proyecta sus efectos para acceder a la prisión domiciliaria.

[...]

[...] según se indicó por la Sala en dicha determinación, de un lado, “*la aceptación de responsabilidad por parte del acusado por la vía... de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez*” y, de otra parte, *cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, “examinar la [procedencia de la] pena sustitutiva de prisión [domiciliaria por] la intramural] conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice”, según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736”.*

Así las cosas, no cabe duda que la tipificación de la conducta plasmada en un preacuerdo válidamente celebrado, no solo vincula al juez al momento de dictar la sentencia, sino que al establecer la procedencia de la prisión domiciliaria en ese escenario, debe tener en cuenta la calificación fruto de aquella aceptación de culpabilidad consensuada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP2168-2016 y CSJ SP7100-2016.

Vale la pena resaltar que respecto a este punto particular los **Drs. Patricia Salazar Cuellar** y **Eugenio Fernández Carlier** han salvado el voto, por lo que se aconseja remitirse al acápite ***Posiciones minoritarias actuales de la Sala de Casación Penal respecto de preacuerdos y negociaciones***, contenida al final de este tomo, para mayor ilustración.

3.9 No se podrá celebrar preacuerdo cuando el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial hasta tanto reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente.

3.9.1 Como requisito de procedibilidad de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado – diferencias con la reparación integral–

Extracto n. ° 292.

Número de radicado	:	29473
Fecha	:	14/05/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

« [...] advierte la Sala que dicha actuación está viciada de nulidad por violación del debido proceso, en la medida en que se desconoció el contenido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, preceptiva que es de imperiosa aplicación cuando se pretende la terminación anticipada a través de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso.

En efecto, recuérdese el Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 consagró lo referido a los **“PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”**, conjunto de normas donde se regula la terminación anticipada del proceso por razón de estos institutos.

En dicho acápite, precisamente se estipuló que resultaban improcedentes los “acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado”, en el evento en que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial derivado de la misma, a menos que haya reintegrado el 50 por ciento del valor equivalente al aumento percibido y asegurado el recaudo del remanente.

La citada norma dice:

“ARTÍCULO 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”.

Ahora bien, de acuerdo con el acontecer fáctico y los delitos imputados y aceptados por RAMC, surge incuestionable que en esa actividad delictual, en especial en lo que respecta a la infracción de concusión, según lo previsto en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, éste obtuvo incremento patrimonial fruto de la misma, situación que imponía a la Fiscalía considerar dicho tópico al momento de la negociación con el aquí procesado, como así se deduce de la norma en mención.

De acuerdo con los datos que obran en el trámite se advierte que el hoy sentenciado fue remunerado por su actuar delictual, puesto que revisada el acta de preacuerdo, allí claramente se colige que al doctor MC se le pagó dinero a cambio de las múltiples decisiones prevaricadoras, imputación que el propio acusado aceptó, de manera libre, voluntaria y asistida.

[...]

De manera que no resulta viable aceptar que en virtud de los delitos cometidos por el acusado, en especial en lo que tiene que ver con la concusión, hubo un incremento indebido de su patrimonio, tal como se deja entrever en la sentencia, habida cuenta que él aceptó que la emisión de las providencias manifiestamente contrarias a la ley le trajo consigo una retribución de carácter económico.

Expresado de otra forma, las conductas punibles imputadas a MC fueron realizadas con el fin de obtener un incremento patrimonial. En cuanto al aquí sentenciado, lo obtuvo a cambio de subastar los valores de la justicia y de incumplir con los deberes que el Estado y la sociedad le habían encomendado como Juez de la República al emitir unas providencias contrarias a derecho.

[...]

En primer lugar, vale destacar que la previsión contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 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”*

[...]

En tales condiciones, resulta diáfano predicar que en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, surge indispensable dar cabal cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en tanto que el presupuesto del reintegro constituye motivo de procedibilidad para culminar con la terminación abreviada del proceso.

De otro lado, compete a la fiscalía investigar el acontecimiento delictual, acto en el cual se debe establecer, para estos efectos, si el sujeto activo obtuvo un incremento patrimonial derivado de la comisión de las conductas punibles, máxime cuando éste es un presupuesto de procedibilidad de los acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado, según el caso.

En segundo término, la fiscalía confunde la reparación integral con el mentado presupuesto consagrado en el artículo 349 de la Ley 906, en tanto que el primer instituto opera respecto de “*los daños causados con la conducta criminal*” y se reclama una vez que se ha emitido el sentido del fallo, según lo preceptuado por el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y a través de un procedimiento contemplado para dicho incidente.

Es decir, la reparación integral a que hace referencia la Fiscalía en el acta de preacuerdo no tiene nada que ver con el incremento patrimonial derivado de la comisión de la conducta punible, en la medida en que este último constituye presupuesto para la celebración de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, y sin que tengan cabida aspectos referidos al daño causado con la conducta delictual.

En otras palabras, el reintegro que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se limita al valor equivalente al incremento percibido por el imputado o acusado, según el caso, derivado del comportamiento delincuenciales, esto es, que excluye el monto de los perjuicios causados a la víctima.

Así, no hay duda que la citada irregularidad condujo a la trasgresión del debido proceso, habida cuenta que el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado no se regló lo referido al reintegro por parte de MC del 50 por ciento del valor equivalente al incremento patrimonial percibido por su actividad delincencial y, cómo se aseguraría el recaudo del remanente, presupuesto imperativo de procedibilidad, máxime cuando éste aceptó que por emitir las providencias prevaricadoras recibió a cambio dinero, aspecto en el que también el propio acusado puede colaborar, sabiendo que él en contubernio con otras personas traficaron con la justicia en unos quinientos expedientes aproximadamente.

Frente a lo anterior, surge recordar que el debido proceso, como lo ha dicho la Corte, constituye la sucesión integrada, gradual y progresiva de actos relacionados entre sí de manera directa o indirecta que se encuentran reglados en la ley para el reconocimiento del derecho material que se confronta con el trámite penal.

Dicho de otra manera, propugna, entre otros fines, por garantizar a los diferentes sujetos intervinientes en un trámite judicial o administrativo la defensa de sus intereses y que ésta se cumpla de acuerdo con los precisos derroteros fijados en la ley, en forma tal que cualquier alteración que conculque esas mínimas reglas fijadas por anticipado para su cumplimiento conlleva su consecuencial menoscabo. De ahí que se sepa integrado por la preexistencia de ley al acto que es objeto de imputación, de lo atinente al juez competente y el acatamiento a la plenitud de las formas de cada juicio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, art. 404

Ley 906 de 2004, art. 349

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 27 abr. 2011, rad. 34829; CSJ SP, 05 sep. 2011, rad. 36502, y CSJ AP7233-2014.

3.9.2 El condicionamiento de reintegrar el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento y asegurar el recaudo del remanente –art. 349 C.P.– no se limita a los delitos que en su descripción típica integran la consecución o intención de obtener un beneficio patrimonial

Extracto n. ° 293.

Número de radicado	:	34829
Fecha	:	27/04/2011
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

« [...] 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.

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:

*“**CONCUSION.** El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de [...]” (Subraya la Corte).*

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:

*“**PREVARICATO POR ACCION.** El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión...”*

Y es cierto, en fin, que la procesada MPGP, con ocasión del ejercicio de sus funciones como fiscal delegada, incurrió en esta última práctica y fue como obtuvo para sí una considerable suma de dinero, pues así lo aceptó.

Pero no lo es menos que los hechos del proceso -aceptados por la acusada- permiten establecer que las decisiones judiciales contrarias a derecho emitidas por aquella, y que configuraron el delito de prevaricato, estuvieron íntima y estrechamente relacionadas con el incremento patrimonial obtenido por la funcionaria judicial que, según la fiscalía, fue cercano a los \$150.000.000. Los acontecimientos fácticos admitidos así lo muestran con total claridad.

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

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, art. 404 y 413

3.9.3 Cuando la estructura típica del delito implica la obtención de un provecho económico para el agente, la sola ejecución de la conducta ubica el suceso en el ámbito material regulado por el art. 349 del C.P.P.

Extracto n. ° 294.

Número de radicado	:	44906
---------------------------	---	-------

Número de providencia	: AP7233-2014
Fecha	: 26/11/2014
Tipo de providencia	: AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	: SEGUNDA INSTANCIA

«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. Ahora bien, a la hora de establecer la existencia de un incremento patrimonial que demande su reintegro como prerrequisito de la celebración de un acuerdo de terminación abreviada del proceso; la composición típica, indudablemente, plantea algunas diferencias en el análisis, así:

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. [...]

[...]

Art. 397. Peculado por apropiación. El servidor público que **se apropie** en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones,... (Negritas fuera del texto original).

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 como la Concusión⁸¹ y el Cohecho⁸², el

⁸¹ 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,...”.

⁸² 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:

recibo de dinero o de otra utilidad patrimonial es una de las modalidades conductuales mediante las cuales pueden realizarse los respectivos tipos penales.

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:

... 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.⁸³

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:

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.

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

“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,...”.

⁸³ Auto de segunda instancia del 27 de abril de 2011, Rad. 34829.

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.

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:

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 (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.

En síntesis, como bien lo señaló el Tribunal de origen, la imputación de autoría de la conducta punible de Peculado por apropiación -en grado de consumación- que viene formulada, conlleva como consecuencia inexorable que TMBA se apropió de bienes estatales (\$1.792.613.310), con independencia de que lo haya hecho en provecho suyo o de un tercero. En esta última hipótesis, la única particularidad es que el funcionario titular de la facultad de disposición sobre el patrimonio público, hace uso de ella para (i) apropiárselo y, luego, (ii) beneficiar a otras personas, con lo cual no hace más que ejercer uno de los atributos de la propiedad -ilícitamente obtenida-.

[...]

Según la acusación, el señor TMBA se apropió de dineros del Estado en una cuantía de \$1.792.613.310, los cuales destinó a favorecer a terceros. En

consecuencia, la validez de cualquier preacuerdo que celebre con la Fiscalía está sujeta al reintegro de, por lo menos, el 50% del valor apropiado y al aseguramiento del recaudo del remanente, tal y como lo ordena el artículo 349 del C.P.P./2004. Como quiera que hasta la fecha, el procesado no ha cumplido con tal condición o, por lo menos, no existe evidencia de ello; la negociación sometida al examen de esta Corporación es ilegal, por lo que habrá de confirmarse la decisión del Tribunal en el sentido de improbar el acuerdo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, art. 30-2, 404 y 405
Ley 906 de 2004, art. 349

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 27 abr. 2011, rad. 34829.

3.10 Posibilidad de que la Fiscalía pueda modificar en el preacuerdo la calificación jurídica de la conducta como consecuencia de la valoración correcta del caso particular, que es diferente a hacerlo como parte de las concesiones hechas al imputado o acusado en el marco de la negociación

Extracto n. ° 295.

Número de radicado	:	43436
Número de providencia	:	SP14842-2015
Fecha	:	28/10/2015
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Facultad unilateral de la Fiscalía para ajustar la calificación jurídica en el acta de preacuerdo

De tiempo atrás la jurisprudencia se ha referido a la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de ajustar la calificación jurídica durante la acusación. Las normas que regulan este aspecto y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular fueron analizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, donde se precisó:

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸⁴, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.

La anterior doctrina no admite mayor discusión cuando se trata de un trámite ordinario. El problema se suscita cuando ese tipo de ajustes se ejecutan en el acta de un preacuerdo, no como parte de las concesiones hechas al imputado o acusado, sino como producto de las valoraciones del fiscal sobre la calificación jurídica correcta para el caso en particular.

La Sala considera que esos cambios son procedentes, en los mismos términos en que podrían hacerse en el trámite ordinario.

En primer lugar, porque el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación, como lo dispone expresamente el artículo 350 de la Ley 906 de 2004. De esta manera, si para el momento del acuerdo la Fiscalía considera que debe hacer algún ajuste a la calificación jurídica efectuada en la imputación, en salvaguarda del principio de legalidad, puede hacerlo en esa oportunidad.

Concluir lo contrario puede generar consecuencias desventajosas para el imputado y contrarias a los fines inherentes a la denominada “justicia premial”, por las siguientes razones:

Primero, porque la Fiscalía se vería obligada a seguir alguno de los siguientes caminos procesales: (i) celebrar un acuerdo a partir de una calificación jurídica que considera inadecuada; (ii) esperar hasta la audiencia de acusación para realizar los respectivos ajustes y luego celebrar el acuerdo, y (iii) optar obligatoriamente por el trámite ordinario. Lo primero es inaceptable por ser contrario al principio de legalidad y a la obligación que tiene la Fiscalía de adecuar su actuación a un criterio objetivo y

⁸⁴ Entre otras, CSJ SP 17 Sep. 2007, Rad. 27336 y CSJ SP 28 Nov. 2007, Rad. 27518.

transparente, “ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley” (Art. 115 de la Ley 906 de 2004). Lo segundo, conllevaría una menor rebaja de pena, porque el sistema de terminación anticipada de la actuación penal en buena medida está gobernado por la idea de otorgar mayores beneficios en la medida en que la colaboración con la administración de justicia se haga más pronto. Y lo tercero, truncaría para el acusado la posibilidad de obtener los beneficios por colaboración (en este caso materializada en la pronta solución del caso) y le impediría a la Fiscalía solucionar un asunto de manera consensuada y destinar sus esfuerzos y recursos al esclarecimiento de otros delitos.

Además, porque ello implicaría la dilación del trámite y la celebración de una audiencia adicional (la de acusación), con las repercusiones que ello puede tener en materia de congestión y demora judicial.

Ahora bien, al hacer uso de esta posibilidad la Fiscalía debe explicar con claridad qué parte del contenido del acta corresponde a los ajustes de la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y cuál es el componente del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo.

Diferencias entre el control que realiza el Juez a los ajustes a la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y el control a las concesiones que se hacen en razón del preacuerdo

Aunque los ajustes a la calificación jurídica en razón de la aplicación del principio de legalidad y el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa estén en el mismo documento, se trata de actuaciones perfectamente diferenciables, frente a las cuales el juez cumple funciones distintas.

[...]

[...] si el Juez considera que los cambios realizados por el fiscal a la calificación jurídica bajo el ropaje de ajustes a la legalidad, entrañan una evidente estrategia para conceder al acusado beneficios prohibidos por el ordenamiento jurídico, tiene la carga de sustentar debidamente sus conclusiones, tanto para cumplir el deber constitucional y legal de motivar sus decisiones como para brindarle a las partes la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

En todo caso, en esos eventos el Juez debe aclarar suficientemente su decisión, esto es, debe precisar si está realizando un control sobre la acusación, si de lo que se trata es de ejercer un control sobre los términos del preacuerdo explicitados por las partes, o si, en su sentir, se está frente a evidentes maniobras orientadas a conceder beneficios inapropiados al procesado bajo la excusa de estar realizando ajustes en el ámbito de la legalidad. De esta manera, se insiste, las partes tendrán la oportunidad de

controlar sus decisiones a través de los recursos, sin perjuicio de las otras vías de control consagradas en el ordenamiento jurídico.

Una vez establecido que la acusación se ha realizado según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (que incluye las posibilidades de control a esta actividad de parte), el juez debe proceder a evaluar si los términos del preacuerdo se ajustan a las normas aplicables al caso, según el desarrollo que de las mismas ha hecho la jurisprudencia, bajo el entendido de que tiene la obligación de aceptarlo, salvo que este desconozca o quebrante garantías fundamentales, como lo dispone expresamente el artículo 351, inciso cuarto, de la Ley 906 de 2004. Frente a este tema la Corte ha resaltado:

[p]ara la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio del consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-. (CSJ SP, 15 Oct. 2014, Rad. 42184)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004 arts. 5, 10 y 351

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 25 abr.2007, rad. 26309; CSJ SP, 27 jul. 2007, rad.26468; CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ AP, 16 oct. 2013, rad. 39886, y CSJ 12 dic. 2014, rad. 37076.

3.11 Impugnación de la decisión que aprueba, imprueba o declara la nulidad, total o parcial de un preacuerdo

Extracto n. ° 296.

Número de radicado	:	27759
Fecha	:	12/09/2007
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« i) Cuando es el Juez del conocimiento –a quo- en sede de sentencia de primera instancia, quien declara la nulidad o imprueba total o parcialmente una diligencia del preacuerdo o una negociación entre la fiscalía y el imputado, la determinación es susceptible del recurso ordinario de apelación (artículo 176 inciso tercero de la Ley 906 de 2004).

ii) Cuando es el Tribunal, en “fallo” de segunda instancia, el que imprueba total o parcialmente el preacuerdo y declara la nulidad –total o parcial- del trámite, resulta obligado concluir que no existe recurso alguno contra la determinación interlocutoria que se adopta en la providencia de segunda instancia, sencillamente porque en lo que tiene que ver con la invalidez parcial no ha habido decisión “para ponerle fin al objeto del proceso”; por ello la anulación no tiene carácter de sentencia sino de auto interlocutorio⁸⁵.

“...Desde este punto de vista, sólo son sentencias las providencias que absuelven o condenan al procesado, y, excepcionalmente, las que declaran la nulidad como consecuencia del recurso extraordinario de casación o de la acción de revisión” (Sentencia del 3 de agosto de 2006, Rad. núm. 22485).

La *sentencia* del Tribunal que aprueba parcialmente un preacuerdo y lo invalida en algunos aspectos (en este caso por la imputación de lesiones personales porque se trató de un homicidio imperfecto) es una decisión de carácter mixto:

Es **sentencia** en lo que decide el mérito del asunto –*hurto y porte ilegal de armas-* y a la vez es **auto interlocutorio** en lo que no resuelve el fondo –*homicidio en grado de tentativa-*, porque es claro que en relación con esta conducta el proceso se restablece desde la fase preprocesal, para que se tramite con total apego a las garantías procesales y defensivas. Por ello es desacertada la perspectiva del fiscal.

De manera que en estos eventos lo susceptible del recurso de casación es la decisión que “puso fin al proceso en segunda instancia”, lo demás no es pasible de impugnación extraordinaria.

Lo que abría paso al recurso de casación en el fallo del 31 de marzo de 2006 era la condena por los delitos de hurto y porte de armas y si los

⁸⁵Cfr. Auto del 27/06/2007, Rad. núm. 27636; Auto de revisión del 08/06/2007, rad. núm. 25838.

intervinientes en el proceso estaban conformes con la decisión, nada había que recurrir ante la Corte.

[...]

La teleología de los preacuerdos y de la aceptación pura de cargos radica en que deben tramitarse con total apego a la legalidad, porque de otra manera no pueden ser aprobados por el juez.

En suma, en materia de recursos ordinarios es procedente apelar la sentencia del juez que aprueba, imprueba o anula un acuerdo (A quo), con las restricciones lógicas en fallos aprobatorios (prohibición de retractación, artículo 293, inc. 2 de la ley 906 de 2004)⁸⁶.

Cuando el Tribunal (*Ad quem*) imprueba el preacuerdo en fallo de segunda instancia –como en este caso, mediante la declaración de nulidad parcial-, contra tal decisión interlocutoria, como ya se dijo, no existe recurso alguno; sin embargo, ello **no** equivale a decir que se atente contra las garantías defensivas porque –se insiste- la nulidad no pone fin al objeto del proceso porque no tiene carácter de sentencia sino de auto (antes interlocutorio).

Los recursos y la garantía plena del derecho de contradicción se salvaguardan y se discuten en el proceso válidamente reconstruido en este caso, en el que se adelantó por homicidio en grado de tentativa, tema que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 176 y 293

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 27 jun. 2007, rad. 27636.

3.12 Los preacuerdos y negociaciones como manifestación de la política criminal

Extracto n. ° 297.

⁸⁶Cfr. Auto de casación del 16/05/2007, rad. núm. 27218

Número de radicado	:	24764
Fecha	:	01/06/2006
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Acuerdos y negociaciones en el régimen de la Ley 906/04

Con el advenimiento del acto reformativo de la Constitución Política -acto legislativo N° 03 del 19 de diciembre de 2002- que fijó las bases constitucionales del proceso penal colombiano, y la subsecuente expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, nuestro país adoptó un modelo procesal de corte acusatorio, como así dimana de las preceptivas contenidas en el Art. 4° de dicha enmienda constitucional, caracterizado, esencialmente, por la implantación de un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, intermediación probatoria y respeto de todas las garantías fundamentales, como ya lo ha advertido la Sala en algunos de sus pronunciamientos.

Es un sistema de justicia penal que como política de Estado en materia criminal, tiene por finalidad contribuir a la lucha eficaz contra la impunidad y la criminalidad en general, como insistentemente así lo expresó el gobierno nacional a través de sus voceros; finalidad que tiene como objetivos específicos, entre otros, el fortalecimiento de la capacidad punitiva del Estado concentrada en las funciones de investigación y acusación que le competen a la Fiscalía General de la Nación -las autoridades de Policía Judicial colaboran con la primera-, el afianzamiento de las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas, la agilización en la administración de justicia mediante un proceso penal célere, etc.

Como bien se sabe, la *política criminal del Estado* no se agota con el ejercicio de su poder punitivo. Desde esa perspectiva, dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren de protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para combatir la impunidad y responder adecuadamente a la criminalidad organizada, la política criminal del Estado en sentido amplio es apropiado definirla como,

“(...) el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión

de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.”⁸⁷

Pues bien, esa política estatal en materia criminal tiene su más clara manifestación en nuestro novísimo ordenamiento procesal penal no sólo en el principio de oportunidad -Art. 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el Art. 250 de la Carta Política, y Arts. 321 a 330 de la Ley 906 de 2004-, sino también en la figura de la terminación abreviada del proceso por consenso regulada en el Título II, Capítulo Único del Libro III del actual Código de Procedimiento Penal bajo la denominación de “Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado”, en cuanto constituye un instrumento indispensable para garantizar la efectividad de la administración de justicia; facilita la reducción de la impunidad y el cumplimiento de los fines de la pena mediante la realización de los principios de celeridad y economía procesales; estimula la pronta reparación de las víctimas mediante la expedita obtención de una declaratoria de responsabilidad; y contribuye al desmantelamiento de la delincuencia organizada.

Dicho mecanismo, no cabe duda, es la más palmaria expresión de uno de los fines esenciales del Estado: Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan -Art. 2° de la Constitución Política-. De ahí que sea entendible que el procesado como creador del conflicto, deba intervenir como parte decisiva en su solución, coadyuvando, dentro de un marco de consenso justo, a una cumplida, pronta, cabal y eficaz administración de justicia.

Sin embargo, esa eventualidad de renunciar al derecho a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, es la posibilidad que tiene el imputado o procesado de renunciar a una de las etapas del proceso, la del juicio, mas no a cada uno de los principios que rigen dicha etapa en particular. Valga decir, consagra la ley la facultad para el imputado o procesado de renunciar a ser vencido en juicio, siempre y cuando tal renuncia se exprese de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-646-01.

informada, esto es, con el conocimiento y aceptación voluntarios de todas las consecuencias que ello implica, a fin de que el proceso termine anticipadamente con sentencia condenatoria.

El fin de esos acuerdos -lo dice la propia Ley-, es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso -Art. 348-, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 2 y 250

Ley 906 de 2004, arts. 321 a 330

3.13 Fuerza vinculante de los preacuerdos: evolución histórica en el derecho comparado

Extracto n. ° 298.

Número de radicado	:	29979
Fecha	:	27/10/2008
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« En el sistema de derecho procesal de los Estados Unidos de Norteamérica, las manifestaciones de culpabilidad por parte del acusado (conocidas coloquialmente como *plea of guilty*) eran acogidas por los funcionarios judiciales, en un principio, sin obligación ni contraprestación formal alguna, aunque éstas solían darse en el entendido de que, por tradición, la pena para quien se sometía a la clemencia del juez o del tribunal podía ser sustancialmente más beneficiosa en comparación a la que se le aplicaba a quien era vencido en juicio y declarado culpable por un jurado.

Así lo reconocía la Corte Suprema del Estado de Wisconsin en 1966:

“Es de notoriedad pública que existe una práctica ampliamente difundida en las jurisdicciones americanas de aceptar las pleas of guilty y de imponer

*penas más leves que las generalmente señaladas para la misma infracción después del juicio*⁸⁸.

Lo anterior, sin embargo, no significaba que en todos y cada uno de los casos los jueces trataran con mayor benevolencia a quien se declarara penalmente responsable y renunciara a los derechos de no inculparse y de ser juzgado por un jurado, pues no faltaban los funcionarios que en atención a la justicia material del caso concreto, o por su particular postura político criminal acerca del delito cometido, imponían a los culpables confesos sanciones ejemplares, a pesar de que la parte acusadora hubiese recomendado una pena más benigna por el hecho de haberse acogido a los cargos.

De ahí que, cuando la manifestación de culpabilidad era el fruto de una negociación previa con el representante del órgano acusador (figura conocida como *plea bargaining*), el acusado no tenía la plena garantía de que las rebajas o beneficios prometidos por el Fiscal llegasen a ser reconocidos por el juez o tribunal llamado a proferir la decisión de fondo.

Dichas declaraciones negociadas de responsabilidad, aunque habían comenzado a practicarse desde comienzos del siglo pasado, no eran consignadas en actas ni comunicadas al funcionario judicial sino que, por el contrario, se practicaban de manera subrepticia y por fuera del procedimiento formal, pues desde un principio la opinión dominante las consideró inconstitucionales, ante la posibilidad de constituir una forma de coartar la voluntad:

*“Aun cuando se produjeran transacciones en la mayor parte de las prosecutions, el fenómeno debía permanecer oficialmente oculto porque la admisión de culpabilidad provocada por presiones o promesas del prosecutor podía constituir causa de nulidad del procedimiento”*⁸⁹.

Tal situación cambió a partir de 1971, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Santobello vs. Nueva York*, reconoció la figura de las manifestaciones de culpabilidad pactadas entre la acusación y la defensa como un componente esencial del debido proceso. En palabras de dicha corporación:

“La definición de los procesos penales mediante un acuerdo entre el Fiscal y el acusado, procedimiento que a veces viene sintéticamente indicado con la expresión plea bargaining, representa un componente esencial de la administración de justicia. Correctamente administrada, la negociación debe ser alentada. Si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal [full-scale trial], los Estados y

⁸⁸ Corte Suprema de Wisconsin, *Jung vs. State*, 32 Wis. 541; 145 N. W. 2d 684 (1966), cita tomada de De Diego Díez, Luis Alfredo, *Justicia criminal consensuada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 34.

⁸⁹ De Diego Díez, *Op. cit.*, citando a Bassiouni, M. Cherif, pág. 47.

el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de jueces y los medios de los tribunales.

”La disposición sobre los cargos tras las plea discussions no es sólo una parte esencial del proceso, sino que representa, además, un mecanismo altamente deseable por múltiples razones. Conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debidos a la forzosa ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio [pretrial release]; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante el pretrial release; y, abreviando los plazos que discurren entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario”⁹⁰.

En la actualidad, la obligatoriedad de los términos materia de acuerdo para los jueces estadounidenses es en la práctica casi que absoluta, pues su actuación no va más allá de verificar que la aceptación de los términos de negociación sea libre, consciente y voluntaria por parte del procesado, y de ahí que en la doctrina se haya criticado que su papel en ese sentido es más administrativo que judicial:

“Hoy la negociación, una vez concluida, es comunicada al juez y se hace mención de ella en el acta del proceso, pero el juicio recuerda de algún modo la documentación o protocolización de un acto ante Notario: el fiscal y el defensor se presentan ante el juez, quien les pregunta si han llegado o no a un acuerdo; en caso de respuesta afirmativa, el magistrado comprueba la existencia de algunas condiciones de validez del mismo (p. ej., se asegura de que el acusado haya comprendido bien las consecuencias de su admisión de culpabilidad y los derechos a los que renuncia). Tras ello, el acuerdo recibe – generalmente– la ratificación del juez”⁹¹.

Adicionalmente, en la mayor parte de los Estados, la intervención del juez en las negociaciones está prohibida de manera expresa, tal como lo contempla el inciso final del artículo 11 literal e) numeral 1 de las *Reglas Federales sobre el Enjuiciamiento Criminal*. Tan solo Carolina del Norte permite una participación activa del funcionario en las discusiones y, sin embargo, el Tribunal Supremo de dicho Estado ha sido enfático en precisar que ésta de ningún modo puede incidir en la voluntad del acusado o en el juicio oral que a la postre se lleve a cabo:

“[...] la North Carolina Supreme Court ha establecido dos principios fundamentales: en primer lugar, el imputado inducido a declararse culpable por las presiones ejercidas sobre él por el juez puede impugnar la condena alegando la no espontaneidad de la declaración; en segundo término, el

⁹⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Santobello vs. Nueva York*, 404 U. S. 257, 260 (1971).

⁹¹ De Diego Díez, *Op. cit.*, pág. 73.

*imputado que se declara inocente y persiste en exigir el jury trial no puede, sólo por eso, ser castigado o sufrir tratamientos vejatorios*⁹².

Ahora bien, el principal reparo que, desde la doctrina (y en particular desde la teoría del garantismo penal), se le ha hecho al sistema de justicia consensuada estadounidense radica en el hecho de que la ausencia total de un control distinto a la verificación de la aquiescencia del imputado riñe con uno de los fundamentos democráticos de la legitimación del poder judicial, consistente en la función de averiguar la verdad procesal conforme a las garantías del debido proceso:

“Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales sobre la que se basa [...] la ‘democracia sustancial’ [...]

*”[...] Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas [...], ningún consenso –ni el de la mayoría, ni el del imputado– puede valer como criterio de formación de la prueba”*⁹³.

Así mismo, se ha señalado que el acuerdo sin ningún control de tipo jurídico tiende más a reflejar el criterio que haya logrado imponer una de las partes que la verdad real de lo acontecido:

*“Como lo enseña la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica. Por tanto, los acuerdos transforman al proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos”*⁹⁴.

En este orden de ideas, ningún procedimiento penal con fundamento 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».

⁹² *Ibidem*, pág. 67.

⁹³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 27.

⁹⁴ Schünemann, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 298.

4. POSICIONES MINORITARIAS ACTUALES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL RESPECTO DE PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

4.1 Dra. Patricia Salazar Cuellar

Extracto n. ° 299.

Número de radicado	:	46684
Número de providencia	:	SP16907-2016
Fecha	:	23/12/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA (SALVAMENTO DRA. PATRICIA SALAZAR)
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con las manifestaciones que expresé durante la discusión del proyecto, una vez derrotada la ponencia que presenté a su consideración, me permito consignar los motivos por los que no comparto la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado, en relación con la concesión al procesado JCVT de la prisión domiciliaria, prevista como mecanismo sustitutivo en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

Las razones de mi disenso, se fundamentan en la idea, contraria a la doctrina hasta ahora imperante y que se ratifica en esta decisión, consistente en que tratándose de las modalidades de preacuerdos reguladas en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, el cometido práctico de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado no puede ser otro que el de aminorar la pena para la conducta imputada, a cambio de la admisión de responsabilidad por parte del procesado.

Por eso, estimo que en esta dirección, es necesario distinguir en la sentencia de condena, de una parte, la determinación de la responsabilidad penal por la conducta realizada y, de otra, la concreción de la rebaja punitiva resultante de la degradación o readecuación de la conducta punible acordada. Como consecuencia de ello, la pena a tener en cuenta para la determinación del requisito objetivo para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal), debe ser la que corresponda a la conducta punible imputada, y no a la acordada por las partes.

En el propósito de sustentar mi posición disidente, se seguirá el siguiente orden argumentativo: los preacuerdos sobre los términos de la imputación; el problema jurídico relacionado con los preacuerdos sobre la conducta punible imputada y su desarrollo jurisprudencial; la doctrina jurisprudencial dominante y la propuesta de variación en relación con la interpretación de los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004; conclusiones provisionales; presentación del caso concreto y la fórmula de preacuerdo pactada entre la Fiscalía y el acusado; y, por último, la propuesta de resolución del caso concreto.

1. Los preacuerdos sobre los términos de la imputación (numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004):

Es necesario recordar que el ordenamiento procesal recogido en la Ley 906 de 2004, establece un procedimiento abreviado, como modalidad de justicia consensuada, mediante el cual el procesado de manera voluntaria e informada, renuncia a su derecho de no autoincriminarse y a tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones justificadas, a cambio de obtener unos beneficios que, especialmente, están relacionados con la rebaja de la pena que le sería imponible en caso de ser derrotado en juicio.

Para lo que es de interés en el tema objeto de análisis, debe decirse que bajo el título de *“Preacuerdos Y Negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”*, el Título II de la Ley 906 de 2004, delimita las finalidades, criterios básicos y trámite que ha de seguirse tratándose de la negociación dirigida a formalizar los preacuerdos, previendo en este contexto dos modalidades de terminación anticipada del proceso: la una, referida a la simple y llana aceptación de los cargos del imputado, por la vía del allanamiento; la otra, la relacionada con los preacuerdos sobre los hechos imputados, celebrados entre la Fiscalía y el acusado.

La primera de ellas se encuentra regulada en el artículo 351, inciso primero, de la Ley 906 de 2004, y se circunscribe a un acto de adhesión del procesado a las condiciones presentadas por el acusador en la audiencia de imputación, compensándolo con una rebaja de la pena imponible acorde con el momento procesal en que se presente el preacuerdo (conc. artículo 352 *ibídem*).

La segunda, conforme lo establece el inciso segundo del mismo artículo 351 *ib.*, responde a la posibilidad de que la fiscalía y el imputado o acusado puedan llegar a un acuerdo sobre los hechos imputados. Adicionalmente, del contenido de esa misma norma, al igual que de los artículos 352 y 370 *ib.*, se desprende que como fórmula de preacuerdo se puede convenir, de manera alternativa y excluyente, la rebaja de un porcentaje de la pena imponible o su individualización.

No está de más anotar que, en cualquiera de los casos, es posible acordar las consecuencias jurídicas del delito, según se encuentra definido en la misma disposición.

Centrando la atención en el tópico referido al preacuerdo sobre los hechos imputados, es indispensable su concordancia con las modalidades previstas en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que establece:

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

- 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.*
- 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.*

Según puede advertirse, en la primera modalidad se ofrece la posibilidad de eliminar circunstancias de agravación punitiva y cargos específicos, lo que en principio no parece ofrecer ningún problema de interpretación.

No obstante, la previsión legal hace referencia, en segundo lugar, a que el fiscal “*tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*”, aspecto que reviste una amplia gama de posibilidades, relacionadas todas con la estructuración de la conducta punible, cuya modificación se habilita con el específico cometido de *disminuir la pena*.

En este sentido, la Sala en otras oportunidades, en el propósito de desentrañar el contenido de esta última disposición, ha determinado lo que puede ser objeto de convenio:

En consecuencia, deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas, entre otros aspectos, el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas

*(artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.*⁹⁵

De igual manera, sobre el tema de lo que es viable como objeto de negociación, la Corporación ha acotado:

*[...] la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado”.*⁹⁶

Así las cosas, en materia de la determinación de las variaciones al juicio de tipicidad por parte de la Fiscalía, en aras de propiciar los preacuerdos, la Sala ha abordado de manera extensiva la interpretación sistemática del contenido del numeral 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, lo que ha justificado de la siguiente manera:

*La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.*⁹⁷

En esta medida, debe entenderse que la alusión a la tipificación de la conducta, sobrepasa el contenido dogmático del tipo penal y se amplía a toda la estructura de la conducta punible, abarcando en su denominación

⁹⁵ CSJ AP, 10 may. 2006, rad. No. 25389. En el mismo sentido, CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 41570.

⁹⁶ CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 42184.

⁹⁷ CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 41570.

aspectos tales como: el tipo objetivo, el tipo subjetivo, los llamados dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación criminal), el contenido de la antijuridicidad y sus circunstancias, y los aspectos relacionados con la culpabilidad.

En conclusión, en lo que resulta relevante en la resolución de este caso, debe subrayarse que con fundamento en el numeral 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, para efecto de las negociaciones, cuando la misma versa sobre variaciones en torno al mismo delito imputado, la Fiscalía puede modificar la adecuación típica reestructurando la conducta punible en cualquiera de sus categorías dogmáticas, con el específico propósito de incidir en la disminución de la pena.

2. El problema jurídico relacionado con los preacuerdos sobre la conducta punible imputada y su desarrollo jurisprudencial:

No obstante el amplio margen de posibilidades ofrecidas al Fiscal en relación con la tipificación de la conducta punible, según viene de verse, es necesario precisar que en materia de preacuerdos, está en la obligación de observar en su negociación el principio de estricta legalidad, por lo que debe obrar conforme a los hechos del proceso, absteniéndose de llevar a cabo una libre selección de los tipos penales comprometidos en la negociación. Valga decir, no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda.

De esta manera lo precisó la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del numeral 2, inciso segundo, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004:

[...], en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita

*a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.*⁹⁸

En consecuencia, en su proceso de negociación no puede haber un margen de discrecionalidad por parte del fiscal que le permita excluir en su labor de adecuación típica de la conducta, elementos relevantes con el fin de lograr un acuerdo.

En esta perspectiva, de tiempo atrás⁹⁹ la Sala ha venido definiendo que debe ser presupuesto de toda negociación emprendida entre la Fiscalía y el imputado o acusado con el fin de ofrecer un preacuerdo al juez de conocimiento, la precisión jurídica de una adecuación típica ajustada a la realidad fáctica, con fundamento en los elementos materiales de prueba y evidencias físicas recolectadas por el acusador hasta ese momento, requiriéndose entonces en su formulación de la existencia de un mínimo de respaldo probatorio¹⁰⁰.

Es, además, el sentido que emana del contenido del inciso tercero del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, cuando estipula que *“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*.

Por lo tanto, solamente puede llevarse a cabo una negociación sobre la base de una debida calificación jurídica de los hechos, que abarque todas las situaciones condicionantes relativas a la conducta punible, incluyendo, entre otras, circunstancias de atenuación y agravación punitiva, condiciones de exceso en los límites propios de las causales de ausencia de responsabilidad, modalidades y tiempo de la conducta punible, concurrencia de personas y de conductas punibles.

La Corte Constitucional en torno a este aspecto, precisó en la referida sentencia de constitucionalidad que:

*[...], aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.*¹⁰¹

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

⁹⁹ Cfr. CSJ SP, 12 sep. 2007, rad. 27759.

¹⁰⁰ Mínimo probatorio que resulta ineludible, como en su oportunidad lo subrayó la Sala: CSJ AP, 10 may. 2006, rad. No. 25389.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

Ello es así porque todo preacuerdo debe fundarse en la aceptación de responsabilidad del acusado sobre la conducta imputada, tras lo cual puede negociarse dentro de los límites de la legalidad las concesiones en términos de punibilidad ofrecidas por el acusador. De esta manera, la adecuación jurídica de la conducta, delineada en estricta legalidad, es el fundamento de toda negociación adelantada con fines de la terminación anticipada del proceso penal.

Así lo ha acotado esta Corporación:

*Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en **no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica**: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.*

*Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de **qué es lo que se negocia** (los términos de la imputación), y **cuál es el precio** de lo que se negocia (el decremento punitivo).*

*Por ello, a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a **negociar los términos de la imputación**:*

*Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a **preacordar las exclusiones en la imputación** porque ya pueden tener idea clara –uno y otro- de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.*

Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.¹⁰²

Con ello se explica, además, que el objeto práctico de los preacuerdos que pueden celebrar las partes, en el marco de lo previsto en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, con el propósito de terminar anticipadamente el

¹⁰² CSJ SP, 12 sep. 2007, rad. 27759 (subrayas y negrillas en el texto). En el mismo sentido, cfr. Igualmente, cfr. CSJ AP-7233-2014, 26 nov. 2014, rad. 44906.

proceso, es la disminución de la pena legal aplicable¹⁰³, como claramente se desprende del contenido del numeral 2 del inciso segundo de dicha norma, en el que se permite al fiscal tipificar “*la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*”.

Dicho cometido se consigue a través de la modificación de la estructura de la conducta punible, en el propósito de ajustar la respuesta punitiva al acuerdo establecido por la fiscalía y el procesado.

Sin embargo, es importante relevarlo, dicha modificación no es más que una ficción jurídica, un instrumento para atemperar la dimensión punitiva de la conducta realizada, pues, como fruto del preacuerdo no se produce un cambio en la naturaleza de las cosas. Así, a manera de ejemplo, quien es imputado como autor de una conducta punible seguirá ostentando esa forma de participación criminal, no obstante que el acuerdo se haga consistir, para efectos punitivos, en su degradación a cómplice. Igualmente, si la conducta realizada, conforme a los medios de conocimiento en poder de la fiscalía, se corresponde con un homicidio en grado de tentativa, será esta la conducta atribuida, por mucho que en el proceso de negociación con fines de la terminación anticipada del proceso se pacte su tipificación como lesiones personales con miras a disminuir la pena.

Significa lo antes visto, que en materia de preacuerdos y negociaciones, la calificación jurídica circunstanciada y la consiguiente responsabilidad penal admitida por el acusado se hacen inmutables, en tanto, sobre la conducta punible imputada es que debe versar la admisión de responsabilidad del procesado y la declaración que en este sentido emite en su fallo condenatorio el juez de conocimiento. Se reitera, la modificación en favor del imputado o acusado se produce exclusivamente en materia punitiva.

De allí que es indispensable diferenciar, de una parte, la responsabilidad penal admitida y declarada por el juez de conocimiento y, de otra, los factores de reducción punitiva consecuentes como compensación para el procesado a su sacrificio en materia de renuncia a los derechos contemplados en los literales b) y k) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, es decir, a no autoincriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado y con inmediación probatoria.

Es por lo anterior que tras presentarse un preacuerdo en los términos previstos en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, el control judicial material llevado a cabo por parte del juez de conocimiento debe comprender, en términos de acatamiento de las garantías fundamentales, no solamente lo relativo a la legalidad de la fórmula de composición ofrecida por la Fiscalía y el imputado o acusado,

¹⁰³ En este sentido, cfr. CSJ AP-7233-2014, 26 nov. 2014, rad. 44906.

incluido el delito o los delitos acordados, su degradación punitiva y sus consecuencias, sino que también debe extenderse a la conducta punible original, la que fue objeto de imputación o acusación y su consonancia jurídica en materia de adecuación típica con la realidad fáctica que se viene acreditando hasta el momento procesal en que se presenta la negociación para el escrutinio judicial.

Control judicial que responde, de igual manera, a los límites establecidos a las facultades del Fiscal a la hora de acordar con el imputado o acusado en términos de tipificación de la conducta, como lo señala el artículo 327, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, cuando exige las presencia de unos mínimos de elementos demostrativos de prueba que permitan inferir la existencia de la conducta, su tipicidad y el grado de participación criminal del procesado, de manera que no resulte sacrificada su presunción de inocencia.

De esa manera, la ley prevé mecanismos que tienden a impedir la obtención de preacuerdos respecto de conductas no tipificadas como delitos o cuya tipificación no corresponde a los hechos imputados o sobre personas que no intervinieron en los mismos, lo que explica que se exija un mínimo probatorio para sustentar la existencia de la conducta, su debida adecuación típica y la participación del imputado o acusado en la misma¹⁰⁴.

En este sentido, una vez aprobado el preacuerdo y después de agotar lo previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, si a ello hubiere lugar, procederá el juez de conocimiento a la emisión de la sentencia, la cual debe contener por lo menos dos manifestaciones básicas. La primera, la de declarar responsable al acusado del delito o de los delitos reales que fueron objeto de la imputación y de la negociación entre Fiscalía y procesado. La segunda, como respuesta punitiva a la anterior declaración, deberá imponer la sanción que corresponde con el delito o los delitos que fueron acordados entre las partes.

Valga decir, acreditada la existencia de un delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* y la forma de participación del procesado como autor, y admitida de manera libre y voluntaria su responsabilidad penal, así debe declararse en la decisión como acto de atribución judicial. Adicionalmente, en relación con la pena, si la negociación versó sobre la mutación a cómplice en el grado de intervención en la conducta punible, así debe consignarse la sanción prevista como fórmula de acuerdo.

3. La doctrina jurisprudencial dominante y su necesaria variación:

¹⁰⁴ Cfr., CJS SP-13939-2014, 15 oct. 2014, rad. 42184. En el mismo sentido, CSJ SP-10299-2014, 5 ago. 2014, rad. 40972; CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 39892; CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31280; CSJ SP, 15 jul. 2008, rad. 28872.

La Sala ha venido reiterando, como se hace en esta decisión de acuerdo al criterio mayoritario, que no es posible escindir los efectos del preacuerdo en lo que tiene que ver con la conducta punible objeto de aceptación de la responsabilidad penal del procesado y el pacto relativo a su modulación como única compensación por la aceptación de cargos¹⁰⁵.

Por ello ha sostenido que, en casos como el presente, esto es, cuando el implicado aceptó su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degradara a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, “*examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice*”¹⁰⁶.

Para tal efecto, se recaba en la idea de que como los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, hacen parte integral de la justicia consensuada, no es posible su equiparación con los fenómenos post-delictuales del procesado que no guardan relación con la conducta punible y que operan como factores modificadores de la punibilidad con posterioridad a la concreta individualización de la pena.

Sin embargo, para situaciones como la que es objeto de estudio, esto es, cuando en el acuerdo celebrado entre la fiscalía y el imputado o acusado se modifica la estructura de la conducta punible, esa posición jurisprudencial no se corresponde con una adecuada hermenéutica jurídica en torno a las modalidades de negociaciones y preacuerdos previstas en los numerales 1 y 2, inciso segundo, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, pues finalmente traslada la responsabilidad penal a un escenario irreal en lo normativo, producto de las fórmulas de acuerdo pactadas por las partes.

Todo preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, importa reiterarlo, se construye sobre la base inmodificable de la admisión de la responsabilidad penal del procesado por el delito que se adecúa en estricta legalidad a las circunstancias fácticas imputadas. De allí que la modificación de la estructura de la conducta punible que corresponde al hecho imputado, en los términos del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, sólo persigue fines punitivos favorables al acusado a cambio de su renuncia al cumplimiento del rito ordinario y a la posibilidad de ser vencido en juicio.

Por lo tanto, la rebaja de la pena como beneficio en el contexto de las negociaciones y preacuerdos, no puede desconocer la responsabilidad por la conducta cometida, lo que no se admite en la tesis que se sigue

¹⁰⁵ Cfr. CSJ SP-2168-2016, 24 feb. 2016, rad. 45736; CSJ SP-7100-2016, 1º jun. 2016, rad. 46101.
El mismo entendimiento se desprende de la CSJ SP-3103-2016, 9 mar. 2016, rad. 45181.

¹⁰⁶ CSJ SP-2168-2016, 24 feb. 2016, rad. 45736.

sosteniendo, en la cual no solamente el aspecto punitivo sino la misma responsabilidad penal se ven modificados, desnaturalizándose de esta manera la estructura dogmática correspondiente al comportamiento realizado.

4. Consecuencias de asumir la doctrina jurisprudencial dominante:

Asumir más allá de lo estrictamente punitivo el alcance de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado, trae consecuencias bastante gravosas para el sistema del proceso penal, convirtiendo la sentencia judicial en simple acta de refrendación de una negociación, distanciada en sus fundamentos de la realidad, y no como el escenario propicio de reivindicación de los principios que, como expresión de legitimación jurídica y política, permiten el control democrático a la intervención punitiva del Estado¹⁰⁷.

A riesgo de comprometerse la misma legitimidad del sistema penal, el juicio de valor sobre la conducta punible debe llevarse a cabo siempre en el seno de la sentencia judicial, aún en los eventos en que el proceso se pueda ver sometido a una terminación anticipada por las vías previstas en el ordenamiento adjetivo. De manera que resultaría rayana en el absurdo jurídico la disertación judicial en la sentencia sobre una conducta punible inexistente, cuya catalogación se llevó a cabo como una negociación con el exclusivo fin de atemperar la sanción penal.

Además, no sobra agregar que desde el sentido práctico, se vislumbran consecuencias francamente gravosas para la racionalidad y la seguridad jurídicas, el debido proceso y para el principio de igualdad.

Bastaría considerar que una mutación de la responsabilidad penal, que es lo que encierra la tesis prevalente en la Corporación, tiene incidencia en una serie de circunstancias procesales y sustanciales, tales como enfrentarse a situaciones que impliquen la prescripción de la conducta punible por el delito acordado; habilitar la concesión de subrogados o beneficios cuando la ley expresamente lo prohíbe por el delito imputado (Ley 1474 de 2011); promover sin base fáctica plausible la extinción de la acción penal por desistimiento, caducidad de la querrela o indemnización, al tornar en querrelables las conductas degradadas o readecuadas en su tipicidad; y, como sucede en este caso, basar los requisitos de la pena prevista en el delito acordado, que no en el real, como fundamento objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal).

¹⁰⁷ LUIGI FERRAJOLI, El juicio penal, en: *Epistemología jurídica y garantismo*. Distribuciones Fontamara, México, 2006, p. 233: «Las sentencias... exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos de los hechos y reconocitivos del derecho, de cuya verdad jurídica y fáctica, depende tanto su validez o legitimación jurídica (o interna o formal), como su justicia o legitimación política (o externa o sustancial)».

Pero además, cuando se asume la interpretación de la Sala mayoritaria, es apreciable la potencial afectación del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, reflejada especialmente en las prerrogativas a obtener la verdad y la reparación por el delito realizado (artículo 250-7 de la Constitución Política).

Lo primero, el derecho a la verdad, porque en el contexto de una distorsionada realidad a la que conduce la degradación de la conducta punible ejecutada, se terminan perdiendo de vista las verdaderas circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las motivaciones que rodearon su ejecución.

Lo segundo, el derecho a la reparación, porque camino a la modificación jurídica de los delitos, se propicia la indemnización por la responsabilidad declarada en la sentencia penal sobre planos que no corresponden a la realidad, afectándose la garantía al adecuado resarcimiento de los perjuicios irrogados de las víctimas en los términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

5. Conclusiones parciales:

Los cometidos finalísticos que, en lenguaje deóntico de valores y de principios, están previstos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004¹⁰⁸, responden a la interpretación sistemática de asumir, como fundamento de todo preacuerdo, la concreción del sentido de responsabilidad penal del procesado por la conducta realizada, esto es, la que corresponde a los hechos acreditados, con el respaldo de un mínimo probatorio. Sobre esa base, que atiende a una adecuada imputación fáctica y jurídica, se concreta el objeto de negociación.

De allí que en la correcta comprensión de los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, debe entenderse que, cuando la fórmula de acuerdo corresponde a modificación de la estructura de la tipificación de la conducta punible imputada, la consecuencia estriba en la reducción punitiva correspondiente al delito acordado.

En consecuencia, la sentencia judicial debe precisar la responsabilidad penal por la conducta punible que en estricta legalidad corresponda a los hechos acreditados, con fundamento en los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recogidas hasta ese momento, tras de lo cual se debe concretar la sanción punitiva correspondiente al delito acordado.

¹⁰⁸ La celebración de los preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado, se reitera, responde al *fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.*

Por lo tanto, a efectos de la determinación de los aspectos relacionados con la objetividad de la conducta punible (en concreto, para la pena *prevista* para el reconocimiento del derecho a la prisión domiciliaria), deben tenerse en cuenta los rangos punitivos correspondientes a la conducta circunstanciada que sea fáctica y jurídicamente imputada, y no de la pactada dentro del proceso de negociación.

6. Del caso concreto y la fórmula preacordada por las partes:

Es necesario recordar que el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado JCV, consistió en que como compensación de su admisión de responsabilidad penal por el delito imputado, *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* (artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011), se pactó la degradación de la forma de participación en la conducta punible. Se acordó, además, la imposición de la pena mínima correspondiente al grado de intervención acordado, cuatro años y seis meses de prisión.

Bajo la estimación que en los términos del preacuerdo no se desconocían o quebrantaban las garantías fundamentales, fue aprobado por el juez de conocimiento, pues además la voluntad de las parte lo obligaba a dicha decisión (inciso cuarto del artículo 351 de la Ley 906 de 2004).

Fue así como el Juzgado 7º Penal del Circuito de Cali emitió la sentencia condenatoria en contra de VT, en calidad de «*autor*».

En lo que atañe a la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, que no fue objeto del preacuerdo, el juez *a quo* determinó que el procesado no tenía derecho a ese subrogado penal, por cuanto en su caso no se cumplía con el requisito objetivo, relacionado con el quantum de la pena, exigido por el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, pues para tal efecto debía tenerse en cuenta la *pena prevista* para el autor y no para el cómplice. Criterio que fue confirmado por el Tribunal de Cali al desatar el recurso de apelación interpuesto.

7. La propuesta de resolución del caso concreto:

En relación con la prisión domiciliaria, prevista como mecanismo sustitutivo en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, debió concluirse que el requisito para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, en punto de constatar el límite punitivo mínimo de la conducta por la cual se procede, como condición para verificar el elemento subjetivo para acceder a dicho mecanismo, debe determinarse por el delito imputado y no por el acordado.

De esa manera, se podría conciliar de manera adecuada, frente a los cometidos de aminorar la punibilidad como compensación por la admisión de responsabilidad del acusado, la alteración de la tipificación de la conducta en los términos previstos en el numeral 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, lo que obviamente debe conjugarse con la consideración de todas las variantes que como circunstancias concurrentes inciden en los extremos punitivos de la conducta punible imputada de manera legal, a fin de precisar con singularidad e individualidad, si en el caso concreto la “*pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*”.

Así las cosas, es manifiesta en este caso la improcedencia del mecanismo sustitutivo, por cuanto en la situación del procesado VT no se reúne el requisito de índole objetivo que lo haría viable, porque la pena mínima prevista para el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, en calidad de autor de la conducta punible, por el cual fue declarado penalmente responsable, es de 9 años, monto que sobrepasa los 8 años que establece el artículo 38B del citado estatuto, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

En consecuencia, no se advierte la transgresión de garantía alguna del procesado JCVT, cuando no se reconoció en su favor por parte de los jueces de instancia, el derecho a la sustitución por domiciliaria de la pena de prisión que le fue impuesta en relación con el delito que, como fórmula de preacuerdo, fue degradado en su punibilidad a través de la mutación de autor a cómplice como forma de participación criminal, por lo que la sentencia no se debió casar en este sentido».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 348, 350, 351, 352, 370 y 447
Ley 1709 de 2014, art. 23

4.2 Dr. Eugenio Fernández Carlier

Extracto n. ° 300.

Número de radicado	:	46684
Número de providencia	:	SP16907-2016
Fecha	:	23/12/2016

Tipo de providencia	:	SENTENCIA (SALVAMENTO DR. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER)
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«1. **caso concreto.**

En este asunto se condenó al procesado por una modalidad de participación que no corresponde a la conducta óntica y típica. Se declaró al inculcado responsable en calidad de cómplice cuando la estricta tipicidad era la de autor en un delito de porte de armas en la que ninguna persona distinta a VT intervino en la consumación del delito. Además se examinaron los requisitos del sustituto penal bajo presupuestos jurídicos que no correspondían.

Comparto la decisión de la Sala mayoritaria en cuanto hay mérito para condenar al procesado, pero a mi juicio debió casarse la sentencia porque se aprobó un preacuerdo que violó garantías fundamentales del inculcado, de la víctima, del ministerio público y de la fiscalía, al admitirse como legal un preacuerdo que desconoció la estructura procesal y sustancial establecida para ese mecanismo en la Ley 906 de 2004 y los derechos y garantías fundamentales a los que se hace alusión en los párrafos siguientes.

Las razones por las que estimo que se dio el susodicho quebrantamiento se exponen en los acápite siguientes.

Registro jurisprudencial.

En esta oportunidad reafirmo la convicción acerca del trato que debe darse a los preacuerdos y que fuera expuesta en la aclaración de voto presentada en la casación de 17 noviembre de 2016 en el radicado No.47869.

En consecuencia, seguidamente repito lo dicho en esa oportunidad.

1. PROPÓSITO.

La misión propedéutica que le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y específicamente para desarrollo y precisión jurisprudencial en relación con el tema de los preacuerdos, son la razón por la que hago este salvamento de voto, buscando construir un criterio jurisprudencial sólido.

Los argumentos expresados en este salvamento de voto demuestran que la propuesta no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, ni se atenta contra la teoría del tipo, el principio prohomine, los derechos o las

garantías debidas al Fiscal, el defensor, el procesado, la víctima o el Ministerio Público.

2. ANTECEDENTES.

Las decisiones mayoritarias de la Sala de Casación Penal de la Corte admiten que en los procesos penales tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, se puede por las partes (Fiscal, inculpatado y defensor) con los preacuerdos modificar la responsabilidad penal y la pena del delito cometido, excepcionalmente se podría pactar la eliminación de la responsabilidad y la punibilidad en la modalidad de la exclusión de un cargo.

En tales condiciones el juez no podría hacer control material y debe acertar el preacuerdo cuando se pacta condenar 1) como cómplice a quien ha sido único autor de un reato, 2) por delito culposo al que ha ejecutado uno doloso, 3) no condenar por el delito consumado que está excluido de subrogados o sustitutos y hacerlo por una modalidad que si tolere esos beneficios, 4) al responsable de una conducta punible que constitucionalmente lo inhabilite de por vida para ejercer cargos y funciones públicas sentenciarlo por una modalidad que no conlleve esa pena, 5) cambiar la tipicidad de un delito no querellable a una que lo sea, o alterar la estricta tipicidad que conlleve drásticas reducciones a la pena máxima prevista, 6) admitir el preacuerdo que lleve como único beneficio la readecuación de la conducta a un concurso homogéneo de delitos cuando se ha incautado 1.000 papeletas de cocaína que contienen cada una un gramo de la sustancia, en lugar de la modalidad agravada.

Los ejemplos señalados son los problemáticos en los preacuerdos y con base en los cuales he venido desde hace varios años estructurando el salvamento de voto que supera esas dificultades, aquellos representan una amenaza a la justicia material, a la legalidad, tipicidad estricta, debido proceso, derecho a la igualdad, garantías de la víctimas, pues pueden conllevar a la extinción de la acción penal por vía de la caducidad o prescripción de la acción penal, desconocer la voluntad del legislador, entre otros supuestos más.

El salvamento de voto se aparta del criterio mayoritario de la Sala, por cuanto que los preacuerdos no son instrumentos autorizados por la Ley Procesal Penal para descocer y alterar la responsabilidad que corresponde al infractor por el delito cometido; criterio que se apoya en la naturaleza de aquellos, sus fines, las garantías y derechos de las partes y los intervinientes, el beneficio buscado que no puede tener sino repercusiones en la pena, los principios generales del derecho, las reglas del ordenamiento jurídico interno vigentes y las asumidas por la Corte Constitucional.

3. PREACUERDOS.

Todas las modalidades de preacuerdos, cinco en total, que operan en el ordenamiento jurídico interno, buscan humanizar la actuación procesal y obtener una pronta y cumplida justicia; la solución no se puede construir con la filosofía de terminar simplemente un proceso, de obtener la anuencia del inculcado, tales instrumentos deben ser el resultado de la fusión integral de los principios y valores que orientan la política criminal para todas las partes e intervinientes en el sistema establecido en la Ley 906 de 2004, con tal mecanismo se debe satisfacer la justicia, los intereses de la sociedad, las partes y los intervinientes del proceso penal, pues no son un medio para la finalización de una actuación judicial a cualquier precio y manera.

Los preacuerdos por definición se celebran con culpables del delito cometido, el artículo 348 del C de P.P. al referirse a los fines de dicho mecanismo no estableció ninguno compatible con la exoneración o modificación de la responsabilidad penal por el delito ejecutado.

En los susodichos negocios jurídicos la responsabilidad penal por el delito cometido es inmodificable, lo negociable es la pena a imponer.

En los preacuerdos la sanción y solamente ésta, se puede obtener a través i) de una rebaja en un monto determinado de la pena prevista para el delito, ii) en la cantidad que represente el pacto de no tener en cuenta para la fijación de la sanción lo que represente una agravante o cargo específico (degradación) o para esos mismos propósitos el guarismo de sanción al que equivalga una tipicidad relacionada de reproche punitivo menor (readecuación), sin que ninguno de los supuestos anteriores implique alteración de la responsabilidad por el ilícito cometido, iii) en la porción que fije la pretensión punitiva de la fiscalía, como en la culpabilidad preacordada, iv) o sin beneficio por mandato legal, como cuando se admite el negocio después de iniciado el juicio oral o el ordenamiento prohíbe descuentos dada la naturaleza de la conducta ilícita.

Las anteriores premisas se sustentan en los fines específicos previstos por la ley procesal penal y la política criminal para los preacuerdos, la seguridad jurídica, la justicia material, el debido proceso, las garantías debidas a todas las partes e intervinientes en un proceso penal, el trato jurídico igual, la juridicidad, legalidad y dogmática de las instituciones, tal y como se explica en este estudio.

3.1. Naturaleza y fundamentos.

Los preacuerdos son una expresión de la justicia premial, se sustentan en la política criminal del Estado, en los fines específicamente asignados a las

formas de terminación abreviada del proceso penal y al respeto por los derechos y garantías fundamentales que correspondan a partes e intervinientes.

Los preacuerdos no se fundamentan en el principio de oportunidad, son dos institutos de naturaleza, estructura, política criminal y alcances diferentes.

Así por ejemplo, hay discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal con el principio de oportunidad, la que no se tiene con los preacuerdos, en estos se debe ejercer la potestad investigativa y acusadora con objetividad, oficiosamente o a petición del querellante y conforme a la estricta tipicidad que a los hechos corresponda, dadas las previsiones que en esta materia se hicieron en la sentencia C-1260 de 2005. En los preacuerdos se está atado a la prueba mínima, a los hechos probados y respetar las garantías de las partes e intervinientes.

Los preacuerdos no son patrimonio exclusivo del sistema inquisitivo o acusatorio, dependiendo del rito que corresponda a los hechos judicializados se aplicaran los principios, valores, derechos y garantías que en cada sistema corresponda a los institutos de justicia premial.

3.2. Los fines de los preacuerdos.

Los fines perseguidos con el preacuerdo están consignados en el artículo 348 del C de P.P. y consisten en la humanización de la actuación procesal y de la pena, la pronta y cumplida justicia, lograr la solución de los conflictos sociales provocados por el delito, la reparación integral de los perjuicios ocasionados, la participación del imputado en la definición de su caso, de estos derechos son titulares todas las partes e intervinientes dentro de un marco de legalidad, de respeto por las garantías fundamentales, de prestigio a la administración de justicia y de evitar su cuestionamiento.

La fijación de los alcances de los preacuerdos no pueden marginarse de los fines, ni siquiera parcialmente, de no ser así se corre el riesgo de desnaturalizar la institución y sacrificar garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes.

Ninguno de los fines señalados apunta a que con los preacuerdos se renuncia a la responsabilidad del inculpado por el delito cometido, esto último resulta incompatible con la enunciación que el legislador hace en el artículo 348 del C de P.P., allí solamente se tolera por su naturaleza la modificación de la pena, la que se puede obtener a través de instrumentos o procedimientos como la fijación de un monto, la degradación, la readecuación, o la culpabilidad preacordada, ectra.

Tampoco los fines señalados o las reglas que regulan los preacuerdos toleran la posibilidad de renunciar a la verdad de los hechos ni a desconocer lo demostrado con los elementos de prueba aportados al proceso. Al establecer el artículo 351 del C de P.P. que se puede “llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias” no puede tenerse como una autorización para ignorar los hechos y las pruebas, precisamente por los condicionamientos que en esa materia hizo la sentencia C-1260 de 2005.

3.3. La verdad, la justicia y la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima son para ésta derechos constitucionales de los que emergen garantías en el proceso penal.

El artículo 348 del C de P.P. asigna como finalidad de los preacuerdos la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito a la víctima, quien también tiene protegida la necesidad de conocer la verdad y que el caso se resuelva con justicia. Este es un derecho constitucionalmente reconocido a la víctima en el proceso penal.

De ahí que la jurisprudencia haya reconocido facultades en favor de la víctima para que intervenga en el proceso y sea considerada en las decisiones que se adopten, en este sentido se han pronunciado las sentencias C-516 de 2007, C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007.

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

Las anteriores premisas imponen la necesidad de admitir que la afectación de los derechos y garantías de las víctimas, dada su naturaleza constitucional, está proscrita de los preacuerdos, a tenor de lo señalado en el artículo 351 del C de P.P. al establecer que obligan al juez “salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, naturaleza esta que tienen la verdad, la justicia y la reparación.

El agravio a las víctimas se advierte con facilidad si se tiene en cuenta que los perjuicios y la reparación deben corresponder a la responsabilidad penal declarada por el juez en la respectiva sentencia, decisión o declaración ésta que en un proceso de jurisdicción civil no se puede desconocer.

En la situación de marras, si la responsabilidad se declara por el delito imprudente aceptado en el preacuerdo, ello conlleva a que la reparación se rija por la compensación de culpas y que esta forma de conducta genere una reparación enormemente menor si se compara con los guarismos a que habría lugar de declararse la responsabilidad penal por el delito doloso

realmente cometido, afectándose no solo la verdad sino la justicia y el derecho a obtener la reparación que corresponde.

Cierto es que la víctima no está obligada a aceptar los perjuicios del preacuerdo (artículo 351, inciso 6 del C de P.P.), pero ante la misma u otra jurisdicción el reclamo no puede desconocer la declaración de responsabilidad penal fundada en los supuestos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta en el proceso penal y por los que se le declaró responsable y condenó, como ha quedado expresado anteriormente. Que así lo es, lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ejemplo de ello es la sentencia proferida el 6 de febrero de 2007 en el expediente con radicación 45.736, en la que se expresó:

“Y más recientemente, en sentencia 164 de 14 de octubre de 2004, expediente número 7637, dijo la Corporación: ‘para justificar las razones de tal influencia o interdependencia, ha puntualizado la Corte que los pronunciamientos penales , de suerte que, una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable a otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo, pues se encuentra cobijado por la autoridad de la cosa juzgada, postulado que, ‘amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la sindéresis desde que parte de la premisa incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. La verdad es única, ‘y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicado y en lo civil se afirmase lo contrario’ (cas. civ. de 29 de agosto de 1979. Cfme. cas. civ 12 de octubre de 1999, Exp, 5253)”.

Con criterio semejante al expuesto lo ha admitido la Sala de Casación Penal al señalar que la fuente de la responsabilidad civil queda definida en el proceso penal y no es objeto de discusión ni quiera en el incidente de reparación (AP-2865-2016, Rdo. 36783 de 04-05-2016).

3.4. Los principios de tipicidad y legalidad.

La solución de los conflictos sociales conforme al artículo 348 del C de P.P. deben respetar los marcos de legalidad y las garantías fundamentales.

La Carta política ha asignado al legislador la potestad de tipificar las conductas punibles y al juez o fiscal en el ámbito de sus competencias la de adecuar las conductas al tipo penal.

Las sentencias C-173 de 2000; C-200 de 2002; C-420 de 2002 y C-205 de 2003, entre otras, han examinado la competencia exclusiva del legislador de

crear o “tipificar” los ilícitos penales. Sobre esta materia, en la primera de las decisiones en cita, dijo la Corte Constitucional:

“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en que (sic) circunstancias una conducta resulta punible (...). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P.)”

Mutatis mutandis, el Fiscal no tiene la potestad en el proceso penal de “tipificar” la conducta (competencia exclusiva del legislador), puede adecuar los hechos demostrados con la acción u omisión ejecutada a los tipos penales previstos en el Código Penal (proceso de adecuación típica).

El deber a que se alude en el párrafo anterior es labor fiscal, que debe realizar y acatar en todas las modalidades de preacuerdos, de ahí que ante la identidad de tarea a cumplir por aquél en los pactos con fines de terminación anticipada del proceso por esa vía, resulte una *ratio decidendi* lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005.

En la sentencia C-1260 de 2005 se precisaron los límites y la competencia del Fiscal en los preacuerdos al verificar la descripción típica en la ley penal con la adecuación del comportamiento sub iudice, lo que se hizo en los siguientes términos:

“ (...) la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor”.

Categorícamente en la providencia en cita se preserva el principio de legalidad, al respecto la Corte Constitucional señaló:

“Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal”.

La Fiscalía no puede crear tipos penales para los hechos investigados, ni acudir a la ley tertia para adecuar los comportamientos en los preacuerdos.

Los hechos deben corresponder a la descripción legal previamente establecida, de esta legalidad es una manifestación el tipo penal, que se ocupa no solamente de la descripción de la conducta sino también de la pena principal y accesoria y de su ejecución (subrogados, sustitutos y prohibiciones).

Bajos los supuestos señalados, los preacuerdos no pueden ser el instrumento para introducir modificaciones a las prohibiciones constitucionales o legales, regla contra la que atentan, entre otros supuestos, los beneficios dobles, cuando ha de pactarse “una única rebaja compensatoria por el acuerdo” (art. 351-2 del C de P.P.).

Lo propio acontece cuando la tipicidad que corresponde a la acción ejecutada prohíbe a perpetuidad ejercer derechos y funciones públicas (peculado por apropiación) y se cambia o readeúa en el preacuerdo por denominación jurídica para obviar esa prohibición; o siendo el ilícito consumado de aquellos para los que se restringe un subrogado o sustituto se reubica la conducta en norma penal que si lo tolera (concierto para delinquir agravado por simple).

Se otorga un doble beneficio y se afecta la legalidad, los preacuerdos y decisiones judiciales que permiten condenar como cómplice a quien es autor o se modifica la elección del delito base para la tasación de la pena en el caso de concurso delictual (artículo 30 del C.P.).

Pero también la modificación de la responsabilidad penal a través de los preacuerdos puede facilitar el otorgamiento de beneficios indebidos por estar prohibidos por la ley o la Carta Política, afectándose la legalidad y la exclusión de doble beneficios. Ejemplo de estas situaciones se presentan cuando se eliminan agravantes o cargos o se hacen readecuaciones típicas que conllevan superar el factor objetivo para el otorgamiento de un subrogado, sustituto o imposición de una pena especial.

La condena por delito no cometido, afectándose la responsabilidad penal que corresponde, también puede dar lugar al desconocimiento de la prohibición del doble beneficio, se puede trasladar la adecuación de la conducta de un delito que excluye un sustituto penal a otro que si lo admite, el doble premio se representa en la eliminación de la prohibición (un aspecto de la ejecución de la pena) y necesariamente en la pena menor que se concede.

Convertir en un negocio jurídico el cargo de peculado por apropiación doloso en uno culposo o en abuso de confianza agravado, vulnera el mandato constitucional que ordena imponer a perpetuidad la inhabilitación de funciones públicas.

Un pacto con el fin de terminar el proceso que se adelanta por prevaricato por acción y atribuir un abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, es permitir que con la readecuación típica se eluda la pena privativa de la libertad y la prohibición de otorgar subrogados por el delito cometido.

3.5. No se afecta la justicia premial si se condena por el delito cometido, porque se otorga siempre la rebaja de pena que de manera consensuada proponen el Fiscal, la defensa y el procesado.

La propuesta formulada en este salvamento no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, quien a ellos se somete recibe el descuento punitivo que le corresponde, no se le niega, solo que se le declara culpable por lo que realmente hizo y como consecuencia de aceptar el cargo se le impone una pena menor que resulta de la tasación conforme al ilícito acordado.

Para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por una tipicidad convenida, esta debe ser la que corresponde a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si pueden ser negociados en cualquiera de las modalidades de los preacuerdos.

El criterio de la Sala mayoritaria y el expresado en este salvamento de voto, ofrecen al caso concreto idéntico resultado punitivo, se diferencian en que para la Sala en los casos de readecuación o de degradación la responsabilidad debe ser por el delito acordado entre las partes, en tanto que en el salvamento voto se opta declarar la culpabilidad por el delito cometido (imputado con estricta tipicidad), pero en uno u otro caso se ha de imponer la misma sanción, la que equivalga al monto de una agravante o de una tipicidad relacionada.

La declaración de responsabilidad penal por el delito cometido y la imposición de la pena preacordada conjura la impunidad, la inseguridad jurídica, el sacrificio de la dogmática penal, el quebrantamiento del debido proceso y de garantías a la víctima.

Si se condena por el delito cometido, se da trato jurídico igual a las partes e intervinientes en lo que atañe a sus derechos e intereses en relación con el problema jurídico penal; al culpable se le responsabiliza por el delito ejecutado y a la víctima se le garantiza la verdad, la justicia y la reparación.

La justicia premial es incompatible por su naturaleza con los Cuestionamientos hechos, condenar por un delito no cometido es cometido excluido y prohibido por las reglas de la Ley 906 de 2004, la carta política y la sentencia C-1260 de 2005.

Si el propósito del legislador, el procesado, el defensor y el Fiscal en la justicia premial, es que no se evada la responsabilidad, que se haga justicia y con base se fije una pena menor por un delito del que se es responsable, esa finalidad se cumple con asignarle a las partes la facultad de negociar las consecuencias punitivas del delito.

En síntesis, la tesis de la Sala mayoritaria y el salvamento de voto conllevan a igual rebaja en el monto de la pena, solo que el resultado con la condena por el delito acordado es abiertamente contraria a los principios y garantías que se han anunciado y que se desarrollan en este escrito.

La justicia premial a través de los preacuerdos es solamente un medio para reducir las consecuencias punitivas de la conducta ejecutada.

3.6. La condena por el delito cometido no atenta contra la teoría que desarrolla la estructura del tipo penal.

En los preacuerdos la condena por el delito cometido rescata el respeto por la descripción legal de la conducta en los tipos penales y la correcta adecuación en la norma penal de la acción u omisión óptica, solamente de esta manera la calificación que se dé a los hechos es la legalmente permitida y admitida, como lo establece la sentencia C-1260 de 2005.

La condena por el delito acordado sí constituye un atentado contra la categoría de la tipicidad y concretamente del tipo penal, porque se permite declarar responsable como cómplice a quien es autor, o por delito culposo a quien ha obrado dolosamente, entre otras hipótesis.

El control social se ve gravemente afectado cuando aceptamos sin reparo que se responsabilice por lo que no se ha cometido, aquella es una herramienta de valioso alcance, no solamente para verificar la pulcritud de quienes administran justicia, sino también como medio para culturizar y hacer conocer la resolución de los casos con satisfacción de la necesidad de justicia que demanda la comunidad en los asuntos criminales, la que se ve desorientada, insegura jurídicamente con decisiones judiciales como las que se reprochan en esta ocasión.

3.7. El principio Pro Homine no tolera interpretaciones que favorezcan a una de las partes del proceso penal con sacrificio de los derechos y garantías de otros, como los intervinientes.

El Principio Pro Homine (PPH) es un principio general del derecho del que se nutre la interpretación de la ley para hacer prevalecer el alcance extensivo o restrictivo que amparen derechos universalmente reconocidos a la persona.

El Principio Pro homine, se caracteriza por no ser absoluto, a través suyo no se pueden hacer prevalecer interpretaciones que favorezcan al procesado con sacrificio de los derechos que objetiva y justamente le corresponden a la víctima o viceversa.

La hermenéutica que autoriza el PPH es relativa, se deben respetar los derechos y las garantías que correspondan a todas las partes e intervinientes, al inculcado y a la víctima del delito, esta ecuación es un presupuesto esencial del susodicho principio general.

Al condenarse por el delito no cometido se vulneran derechos y garantías, entre otros, de la víctima, sacrificio que evita con la declaración de responsabilidad por el delito cometido y la imposición de la pena que resulte preacordada en un monto específico o por el equivalente en el caso de la degradación o readecuación.

3.8. Competencia de la Fiscalía en el proceso de adecuación típica de la conducta.

La fiscalía no puede desbordar las facultades que le corresponden conforme a la naturaleza de la función que cumple. El ejercicio de aquellas en los preacuerdos constituye una expresión del debido proceso.

La Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005, precisó que la única potestad que tiene la Fiscalía en los pactos jurídicos del artículo 350 del C.P.P. es adecuar la conducta conforme a la tipicidad que estrictamente le corresponde:

“(…) que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 en la parte resolutive constituye ratio decidendi para los actos de adecuación que ejecuta el Fiscal en todas las modalidades de los preacuerdos, lo que conlleva a la aplicación del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que establece que *“serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general”*.

Conforme a la línea jurisprudencial mencionada, los preacuerdos deben respetar la responsabilidad que equivale a la estricta legalidad o tipicidad demostrada en el proceso penal, así se decidió, en la sentencia C-1260 de

2005, por lo que el ámbito de movilidad para efectos de beneficios en tales negocios jurídicos corresponde a la punibilidad.

No de otra manera a la expresada es como puede entenderse la validez y eficacia de un preacuerdo, por ende quedan descalificados si no corresponden al orden justo que rige en Colombia, si desconoce los derechos de las partes o intervinientes, o si el conflicto social se soluciona con la participación de la Fiscalía y el procesado a través de un convenio que desprestigia la administración de justicia con calificaciones jurídicas que no se ajustan al tipo penal consumado por el inculpatado.

Si se le impone el deber a la Fiscalía de imputar el delito conforme a la tipicidad que corresponde a la conducta, la lógica de la decisión constitucional que se viene invocando conlleva a señalar que la sentencia debe resolver la petición del titular de la acción penal para decidir si hay o no responsabilidad conforme a derecho corresponda por ese delito, el cometido y no otro diferente.

El numeral 2° del artículo 350 del C de P.P. se construyó sobre dos supuestos, el primero atañe a la tipificación de la conducta de una forma específica y cuyo alcance la Corte Constitucional condicionó a un acto de adecuación que corresponda al punible cometido y por el que se ha de juzgar al procesado, de esa ilicitud es que debe declararse culpable el inculpatado, a tenor del texto legal citado. La segunda premisa de la norma en comento corresponde a la expresión a “cambio de que” y que el numeral en cita identifica con la expresión “disminuir la pena”.

Obsérvese que la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 sobre la ilicitud cometida y por ende la responsabilidad que deviene de esa conducta punible, no admite que la Fiscalía la modifique, debe ceñirse a lo que la ley preexistente establezca. En el acto de adecuación estricta se define la culpabilidad del ilícito por el que se responde y en esos términos es que debe aceptarla el inculpatado o acusado.

Solamente cuando se define la condición, esto es, la culpabilidad, en los términos señalados, surge el derecho al beneficio. En ese contexto está la redacción del artículo 350 del C de P.P:

En cualquiera de las modalidades del preacuerdo, con excepción del que no da lugar a rebaja de pena, el beneficio consiste en obtener una sanción menor, el texto por eso refiere con “miras a disminuir la pena”. Esa es la única interpretación que resulta conforme a la estructura legal y constitucional del proceso penal, porque no afecta derechos ni garantías de las partes e intervinientes, además de que realiza plenamente los principios y valores fundantes de la justicia material que debe administrarse en los procesos penales.

En las condiciones señaladas, la sanción a imponer como consecuencia del preacuerdo, la ley permite obtenerla i) a través de la fijación de un monto en concreto conforme a los topes permitidos según la fase procesal en que se presente el preacuerdo, ii) o por el guarismo que represente eliminar una circunstancia de agravación, un cargo específico, una readecuación típica relacionada o la culpabilidad preacordada, metodología que no implica afectar el juicio de responsabilidad que corresponde conforme a la estricta tipicidad a la conducta ejecutada.

El método así explicado impone condenar al procesado por los delitos cometidos y el beneficio de aceptar culpabilidad por preacuerdo en esos términos equivale a la pena que se tasa conforme a los supuestos referidos en el párrafo anterior.

3.9. El fiscal no puede renunciar al ejercicio de la acción penal en los preacuerdos.

El ejercicio de la acción penal es reglado y obligatorio, es lo que se deriva del artículo 322 del C de P.P., al disponer:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por el principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este Código”.

El abandono de la acción penal solamente es posible a través del principio de oportunidad. Excepcionalmente puede hacerse en el juicio oral a través de la petición de absolución por expresa autorización que hace el artículo 448 del C.P.P. que impide condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena.

La naturaleza que la ley le otorgó a los preacuerdos resultan incompatibles con la renuncia al ejercicio de la acción penal, son mecanismos de política criminal para la terminación del proceso sin impunidad, no para absolver sino para condenar a los responsables de delitos, con derecho a una rebaja de pena, dado que con ello se obtiene, entre otros propósitos, una pronta y cumplida justicia.

De ahí que, la eliminación de un cargo permitida en el numeral primero del artículo 350 del C de P.P. no puede equivaler a la renuncia al ejercicio de la acción penal. Por lo que se ha explicado, el preacuerdo no conlleva a la exoneración de responsabilidad, la que en la hipótesis de marras debe declararse, solo que en virtud del preacuerdo se otorga una exención de punibilidad, solución que resulta compatible con lo que viene exponiéndose,

esto es, la prohibición de renunciar a la acción penal, la afectación de los derechos a las víctimas al modificarse la responsabilidad penal que corresponde por un delito consumado.

Así, en un concurso delictivo, no puede eximirse de responsabilidad al procesado por uno de los delitos, ese no es el entendimiento que debe darse a la expresión eliminación de un cargo (numeral 1° del artículo 350 del C de P.P.), lo viable es dejar de imponer la sanción por una ilicitud, que no puede ser la del delito base o de mayor gravedad, para no incurrir en impunidad o desprestigio de la administración de justicia.

Al generar el delito acción penal y civil y abarcando ésta última los derechos a la verdad, reparación y justicia de las víctimas, habría una afectación a los derechos y garantías constitucionales de éstos si la Fiscalía y los jueces autorizan literalmente la eliminación de un cargo específico comprendiendo la responsabilidad y la pena.

3.10. Principio de obrar con objetividad.

Los servidores públicos y específicamente los vinculados con la administración de justicia deben obrar con objetividad, el incumplimiento a este supuesto les genera responsabilidad (artículo 124 de la C.P.).

En desarrollo del mandato constitucional, el artículo 115 de la Ley 906 de 2004 ha establecido que la Fiscalía en los procesos y actos procesales debe someterse a “un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley”.

La proposición jurídica que completa el principio de objetividad con el que debe obrar la Fiscalía en los preacuerdos y que constituye límite de sus actuaciones, corresponde al postulado del artículo 2° de la C.P. en el que se prevé como fin esencial del Estado garantizar la participación de todos en las decisiones, la efectividad de los derechos y la vigencia de un orden justo.

Los factores señalados involucran la necesidad que los negocios jurídicos de la Fiscalía en los preacuerdos deben aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

El principio de objetividad examinado tiene que ver con las decisiones en relación con los hechos evidenciados con la prueba recaudada y el ordenamiento jurídico llamado a resolver el asunto.

La regla jurisprudencial que se estableció en la sentencia C-1260 de 2005 no es más que la materialización del principio de objetividad.

3.11. Respeto y acatamiento al precedente jurisprudencial.

Las reglas jurisprudenciales constituyen el soporte del imperio de la legalidad, igualdad y seguridad jurídica, de ahí que se admita su carácter vinculante en las decisiones judiciales.

En sentencias C- 037 de 1996 y SU- 047 de 1999 la Corte Constitucional declaró sobre el carácter vinculante del precedente que corresponde a la ratio decidendi y el decisun, siendo solamente criterio auxiliar no obligatorio de la actividad judicial los conceptos que corresponden a un obiter dictum, esto es, los dichos de paso sin relación directa con las razones con base en las cuales se resuelve el problema jurídico.

La Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015, refiriéndose a la obligatoriedad del precedente de sus fallos, señaló:

“la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida que se proyectan más allá del caso concreto, tienen fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”

Pero, a su vez, a los jueces se les ha reconocido su autonomía e independencia, pudiendo apartarse del precedente motivando las razones para hacerlo. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015:

“(…) una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.”

La potestad de apartarse de la jurisprudencia, conforme a la sentencia C-335 de 2008, no opera respecto de fallos que resuelven problemas jurídicos de constitucionalidad, es lo que se infiere de la siguiente afirmación que se hace en la susodicha sentencia, al no tolerar ni siquiera una “*simple disconformidad*” con “*un fallo de control de constitucionalidad de las leyes*”.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del numeral 2° del artículo 350 del C de P.P. en la sentencia C-1260 de 2005. En este fallo se citó como texto de la norma acusada, el siguiente:

2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”

En la sentencia C-1260 de 2005 se formularon como argumentos (ratio decidendi) los siguientes:

“Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo – preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “*Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

(...).

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “*Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la

calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. (Fuera de texto la negrilla).

El decisum de la sentencia C-1260 de 2005 fue del siguiente tenor:

“Quinto. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión *“Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”*, contenida en el numeral 2 del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que **en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”**.

Es incuestionable que la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad C-1260 de 2005 incorporó como regla jurisprudencial y fuente de derecho para interpretar y aplicar el numeral 2° del artículo 350 del C de P.P. que el Fiscal frente a los hechos única y exclusivamente puede adecuar la conducta haciendo “la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Respeto del susodicho texto legal hay decisión de control constitucional que ha hecho tránsito a cosa juzgada, la ratio decidendi tiene que ver con preacuerdos y concretamente con la facultad del Fiscal de definir la tipicidad de la conducta materia del negocio jurídico, estableciéndose la imposibilidad de hacer modificaciones a la adecuación que jurídicamente corresponda en el caso concreto.

Aunque la decisión se vinculó normativamente al numeral 2° del artículo 350 del C de P.P., que regula el preacuerdo con readecuación, el supuesto de hecho o problema jurídico resuelto y referido anteriormente, corresponde a la adecuación típica que de la conducta debe hacer el fiscal para todos los preacuerdos, esto es, el simple, con degradación, la culpabilidad preacordada o sin rebaja punitiva. Opera, entonces, en este caso, la misma solución en derecho para idéntica labor de calificación jurídica que debe ejecutar el fiscal a la conducta objeto de negocio jurídico.

En los preacuerdos el fiscal debe negociar los beneficios a partir de la adecuación típica de la conducta conforme a las circunstancias y las consecuencias jurídicas que correspondan al caso, así se declaró en la jurisprudencia constitucional al hacer la advertencia que “aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado”, los hechos deben calificarse conforme a la descripción que ha realizado previamente el legislador.

El texto examinado por la Corte Constitucional lo integran las premisas de la adecuación típica de la conducta y la finalidad de “disminuir la pena”.

Esta última no se modificó, la precisión jurisprudencial fue sobre el primer apartado, lo relacionado con la estricta tipicidad.

Luego, cumplido el deber de calificar la conducta como corresponde a la ley preexistente, los negocios en los que se acuda a elementos del tipo penal (eliminación, readecuación) únicamente deben ser utilizados para cuantificar la rebaja de la sanción, esas modificaciones no involucran la responsabilidad, la calificación de una manera específica es como lo dice el legislador *“con miras a disminuir la pena”*.

3.12. No son vinculantes los preacuerdos que afecten garantías fundamentales.

La Ley 906 de 2004 ha condicionado la eficacia de los preacuerdos al respeto de las garantías fundamentales, pues no son vinculantes los que las desconozcan o quebranten (artículo 351, inciso 4 ejusdem).

Negocios jurídicos que afecten el debido proceso, la defensa, los derechos constitucionales a la verdad, justicia y reparación, entre otros, no son oponibles, no son exigibles jurídicamente y por ende en ellos no puede sustentarse ningún juicio de responsabilidad penal.

3.13. Los preacuerdos no pueden ser instrumento de impunidad.

Se ha dicho que la afectación de la responsabilidad de los preacuerdos pueden conllevar impunidad, como por ejemplo si por razón del trascurso del tiempo y la pena a aplicar se readecua la conducta prevaricadora a un abuso de autoridad, o un delito doloso a uno culposo, o a un bien jurídico por ilícito cuya pena prevista es mínima, se reduzca a tres años. Este obrar así podría dar lugar a que al proferirse el fallo de segunda instancia esté prescrita la acción penal, habida consideración del término transcurrido desde la imputación a la fecha en que se ha de pronunciar el ad quem.

La declaración de responsabilidad por el delito cometido e imputado tiene consecuencias no solamente en el campo de la reparación sino también en otros fenómenos jurídicos que ello implica, como la extinción de la acción penal, la que se rige y contabiliza en el proceso por la tipicidad y responsabilidad declarada en la sentencia, según reiterada jurisprudencia de la Sala.

Si la sentencia no tiene en cuenta la responsabilidad imputada por el delito cometido sino la aceptada y readecuada en el preacuerdo, se generan factores de impunidad, injusticia, afectación de garantías a partes e intervinientes, pues de esa manera los pactos pueden llevar a situaciones que impliquen la declaratoria de prescripción de la acción penal (al reducirse el máximo previsto de la pena y en esta misma proporción se reduce la

extinción de la acción) o evadir mandatos constitucionales al soslayar sanciones previstas a perpetuidad (inhabilitación de derechos y funciones públicas), o prohibiciones legales de beneficios o sustitutos al readecuar las conductas por tipicidades que admitan tales mecanismos de ejecución de la pena, o hacer pactos que lleven a aceptar como continuada una conducta respecto de hechos para crear un estado de cosa juzgada para otras investigaciones que se adelanten por separado, todo lo cual atenta contra garantías y son ajenas a los fines del instituto examinado.

Los propósitos de política criminal que dieron lugar a los preacuerdos no fueron los de poner al servicio de las partes mecanismos que desprestigien la administración de justicia, en los procesos abreviados se impone declarar la responsabilidad por el delito cometido e imponer la pena del delito acordado, lo cual no causa daño a las partes, a los intervinientes, a los derechos, las garantías ni a la justicia.

Obsérvese, una persona es procesada por el delito de peculado por apropiación doloso, que tiene para esa modalidad la pena a perpetuidad de inhabilitación de derechos y funciones públicas, si ese es el delito cometido y se le declara responsable no podría jamás ser elegido senador, contratar con el Estado, ser Presidente de la República, o desempeñar cargo público a futuro, sanción que se acarrea por mandato constitucional.

Si el procesado acepta responsabilidad y preacuerda que se le condene por una pena máxima en la modalidad culposa, de seguirse el criterio mayoritario de la Sala habría que condenarlo como responsable de delito de peculado culposo y no podría imponérsele la sanción constitucional de la inhabilitación de derechos y funciones públicas a perpetuidad, la pena iría como accesoria y cumplida se rehabilita para volver a contratar, ser congresista u ocupar dignidades del Estado. En cambio si se acepta que se le responsabilice por peculado doloso (delito consumado) y se le imponga la pena del peculado culposo (reato acordado), habría que sancionar con la inhabilitación perpetua. Esta última solución se antoja más aconsejable, ajustada a derecho, exige la estricta tipicidad, impide la burla a los mandatos legales o constitucionales.

Lo propio ocurre cuando se hace preacuerdos por delitos que la Ley 1474 de 2011 los excluye de subrogados o beneficios, como por ejemplo, en los ilícitos dolosos contra la Administración Pública preacordar la modalidad culposa para beneficiar al procesado con la menor pena y de paso eliminar la prohibición para el otorgamiento de un mecanismo que está legalmente prohibido, o admitir que se cometió concierto para delinquir agravado a cambio de que se le dé tratamiento punitivo de concierto para delinquir simple, y, así, muchos más casos se pueden ofrecer de asuntos en donde el preacuerdo se convierte en un instrumento para jugar con la justicia, riesgo

que se evitaría si se condena por el delito cometido y se impone la pena por el delito acordado como beneficio propio del preacuerdo.

3.14. El reintegro del incremento patrimonial ilícito como presupuesto de los preacuerdos.

El reintegro del 50% del valor del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo y el aseguramiento del recaudo del remanente (artículo 349 ídem) son condiciones sin las cuales no es posible asignarle eficacia y exigibilidad a los preacuerdos.

Si se modifica la tipicidad del comportamiento al alterarse la cuantía, el tipo penal que resulta de ese pacto no es equivalente al consumado sino a uno menor, de aceptarse responsabilidad por éste último, conlleva una vulneración del artículo 349 del C.P.P. y por ende del principio de legalidad.

3.15. Naturaleza de los preacuerdos.

Los preacuerdos son una expresión de la justicia premial, implican la terminación del proceso.

Los preacuerdos no tienen por objeto pactar la inocencia del procesado, ni transar sobre derechos indiscutibles del procesado, se busca la terminación del proceso sobre el supuesto de la culpabilidad del indiciado o acusado.

El beneficio que la ley autoriza para los preacuerdos está representado en una rebaja de pena, el negocio debe incidir en la sanción no en la modificación de la responsabilidad penal por el delito cometido, la alteración de ésta genera impunidad o puede conllevar beneficios indebidos y prohibidos.

Las normas que integran la Ley 906 de 2004 y especialmente las que regulan los preacuerdos, registran que la intención del legislador con los negocios jurídicos, cualquiera sea su especie, fue la de otorgar una rebaja de pena como beneficio por aceptarse responsabilidad en el delito cometido, de ahí que las modalidades del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. o del 367 y 369 ídem no sean más que instrumentos para cuantificar la sanción como consecuencia de la culpabilidad.

Así, por ejemplo, en los artículos 350, 351, 352 y 353 del C de P.P., entre otros, se manifestó expresamente que los preacuerdos se celebran “con miras a disminuir la pena”, o para una “pena menor”, buscando un “cambio favorable con relación a la pena”, o que la modificación en la pena sea “la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, en fin que el propósito del negocio jurídico sea que “la pena imponible se reducirá”, o que se logren “los beneficios de punibilidad”. En los artículos 367, 369 y 370 ejusdem se lee

“De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados” o “la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere” o “no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía”.

Si la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 señaló que la Fiscalía ha de someterse en la adecuación de la conducta a la calificación jurídica que le corresponde a los hechos, está admitiendo como contra cara del argumento expresado que en el preacuerdo el beneficio recae sobre la tasación de la pena y su ejecución, no sobre la responsabilidad.

La razón primordial por la que los beneficios por justicia premial no pueden desconocer la responsabilidad por el delito cometido es precisamente por las garantías constitucionales que corresponden a las partes e intervinientes del proceso, los que se verían afectados si se declara culpable a un procesado por un delito que no cometió, se le condena por un ilícito culposo cuando el ejecutado fue uno en la modalidad dolosa.

Los preacuerdos en los que se altera la responsabilidad para lograr una pena menor afectan la naturaleza del mecanismo de terminación anticipada y principios de rango constitucional, como obrar con objetividad, el debido proceso a ser juzgado por el delito cometido, la estricta tipicidad respecto de la adecuación de las conductas y el derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

No se administra justicia ni se cumplen los fines del proceso judicial ni los de los preacuerdos, si el problema jurídico se resuelve con un preacuerdo que afecta la responsabilidad por el delito cometido, por las razones que vienen de exponerse.

3.16. Principio de trato jurídico igual.

Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el delito imputado, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación en el preacuerdo (delito aceptado no imputado), porque esta última solución afecta garantías fundamentales de la víctima, pero también del procesado (se le condena por un ilícito no cometido, respecto del cual no ha contado con la oportunidad para ejercer sus derechos y se omite acatar la sentencia C-1260 de 2005 en cuanto a la estricta tipicidad y las consecuencias que ello implica).

No es compatible con el trato jurídico igual que se permita condenar a una persona por un delito no cometido cuando las circunstancias fácticas para cualquier persona que reside o esté de tránsito por Colombia corresponden

a una tipicidad diferente, es lo que acontece que a unos se les trate como cómplices cuando son autores, o se denomine culposo a lo que es doloso o preterintencional.

3.17. Vulneración del debido proceso al declarar responsable a una persona por un ilícito que no cometió.

Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al inculpado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente, lo que repercute en institutos como la reparación, la prescripción, el principio de legalidad, o la prohibición de otorgar doble beneficio, como se explica en otro apartado de este texto.

Un ejemplo que denota la importancia de esta regla estriba en que la reparación e indemnización de la víctima está en relación directa con la responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C., por lo que si en el proceso penal se condena por el delito cometido, las garantías del procesado o de las demás partes e intervinientes no se afectan con las rebajas de las penas o la ejecución de las mismas.

Por ende los derechos de las víctimas (verdad, justicia y reparación) no se afectan cuando en cualquiera de las modalidades de preacuerdos se mantiene la responsabilidad conforme al delito cometido y lo único que se modifica es la pena, esta última mutación es la que corresponde exclusivamente a razones de política criminal, a las rebajas o beneficios por justicia premial.

4. Modalidades de preacuerdos.

El artículo 350 del C de P.P. establece como modalidades de preacuerdos:

4.1. Preacuerdo simple.

Este preacuerdo se caracteriza porque es conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1° del C.P.P).

Las partes admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones precisadas en la formulación de la imputación, se respeta la imputación fáctica y jurídica que atribuye la Fiscalía en el proceso al inculcado.

Las partes pueden o no acordar las consecuencias de la conducta punible, a decir del artículo 351-2 del C de P.P.

Si no hay acuerdo expreso sobre la rebaja de pena, el monto corresponde al autorizado por la ley según la fase procesal en la que se produzca aquel. Pero, también, pueden las partes convenir la rebaja de sanción que debe otorgar el juez si aprueba el negocio jurídico.

La rebaja, por límites legales, será hasta del 50% si el convenio se realiza entre la formulación de imputación y antes de la presentación del escrito de acusación (artículo 350-1 y 351-1 del C de P.P.); de la tercera parte si es posterior a la presentación del escrito de acusación y hasta antes del inicio del juicio oral (artículo 352 ídem), o de la sexta parte si es en el juicio oral, pacto éste que debe ser expresado cuando se conceda la palabra al procesado para que se declare inocente o culpable (artículo 358 ídem).

El acuerdo abarca no solamente la pena privativa de la libertad, también otros con consecuencias como la multa, las penas accesorias y los sustitutos o subrogados penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación por la fiscalía o en la audiencia de formulación de acusación, según el caso.

4.2. Preacuerdo con degradación.

Hay preacuerdo con degradación cuando el indiciado o procesado se declara “culpable del delito imputado” o de “uno relacionado de pena menor”, a “cambio” que se elimine una causal de agravación punitiva o un cargo específico.

Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo y el numeral primero del artículo 350 ídem, con las siguientes expresiones: “el imputado se declarara culpable del delito imputado” o de “uno relacionado de pena menor”; si esta condición ocurre se genera como consecuencia el beneficio, pues se establece seguidamente “a cambio”, autorizándose que el fiscal “1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico”.

El precepto que regula el preacuerdo con degradación, en el inciso de marras, solamente admite que el inculcado se declare responsable por el “delito imputado” o de uno relacionado de pena menor” y esta adecuación en cualquiera de esos casos no puede apartarse de la estricta tipicidad porque así se dispuso en la sentencia C 1260 de 2005 y no puede darse un entendimiento diferente al ya fijado en dicha sentencia de la Corte Constitucional.

El numeral primero alude a la eliminación de una agravante o un cargo específico, dos supuestos a los que haremos referencia seguidamente.

Las lecturas que la jurisprudencia ha hecho del susodicho numeral presentan el texto legal con el siguiente alcance: i) que se debe declarar la responsabilidad por el delito acordado, que resulte luego de eliminar un cargo específico o una agravante; ii) que la condena o la culpabilidad debe corresponder al delito imputado y cometido, pero imponiéndose la pena que surja al disminuir el monto que represente una agravante o un cargo atribuido.

Se parte de la regla que establece el inciso 1° del artículo 350 del C de P.P., que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o uno relacionado de pena menor porque es la calificación que corresponde a los hechos, o en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia en la que se adicionó los formulados en la imputación, en otros términos, “el imputado se declarará culpable” del delito imputado o relacionado que resulte de la estricta tipicidad del caso.

El inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., dada su construcción, en los preacuerdos le da el carácter de presupuesto al hecho que el indiciado o procesado admita culpabilidad (“se declarará culpable”) por el “delito imputado”, pues, solamente después de este anuncio que hace el legislador es que señala el beneficio, al expresar “a cambio de que el Fiscal”.

Así las cosas, la aceptación de responsabilidad es presupuesto del beneficio que puede otorgarse, esto es, que sin declararse culpable del delito (s) atribuido por la Fiscalía en la imputación o acusación no se puede obtener el premio, éste está en el monto de sanción que corresponda a una causal de agravación punitiva, o algún “cargo específico”.

No cabe duda, que el legislador exige que en el preacuerdo degradado el procesado debe aceptar la culpabilidad por el delito imputado o relacionado, que no puede ser otro que el cometido, tiene que obedecer a los hechos demostrados y a su adecuación típica (legalidad y estricta tipicidad).

Registrada la situación en los términos explicados en el párrafo anterior, en el preacuerdo debe consignarse luego el beneficio, la disminución de la pena calculada en los términos ya indicados para cuando se acude a alguno de los supuestos del numeral 1ª del artículo 350 del C de P.P.

En párrafos anteriores se han ofrecido las razones por las que no hay lugar a modificar la estricta tipicidad que corresponde a los hechos juzgados en los preacuerdos, por tanto el beneficio que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no conlleva la modificación de la responsabilidad penal y representa exclusivamente la deducción de lo

que equivale punitivamente en la tasación de la pena los conceptos referidos de eliminar una agravante o cargo específico.

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una fracción de la sanción por una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que al responsable por un hurto agravado se le responsabiliza de éste pero se le impone la pena de un hurto simple, o al autor culpable se le sanciona con la pena del cómplice, o al que ejecuta conducta dolosa se le tasa la prisión y las penas accesorias conforme a la modalidad culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

Cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se acepta culpabilidad por los reatos que fueron registrados en la audiencia de imputación o en la acusación, la eliminación únicamente afecta la imposición de la pena, hay que repetir hasta la saciedad que a través de los preacuerdos no se puede renunciar al ejercicio de la acción penal, como se explicó anteriormente.

El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, “el imputado se declarará culpable del delito imputado”, o el relacionado que corresponda a la estricta tipicidad, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que equivalga a una agravante o cargo específico, que es representativa de una degradación.

4.3. Preacuerdo con readecuación típica.

Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P.

La norma pareciera que debe entenderse como si la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente “relacionada” con el supuesto de hecho esencial o la conducta óptica y que tenga “pena menor” (ante un cargo por tentativa de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación admitir un abuso de confianza calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se “tipifique” de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, lo que supuestamente implicaría una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por la imputada o acusada, pues se indica que “el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.

La solución, que el imputado se declare culpable del delito “relacionado de pena menor”, por las razones ofrecidas en los acápites anteriores, no debe ser de recibo y la redacción de la disposición demanda de la jurisprudencia una precisión sistemática y armónica con el mecanismo del preacuerdo y con el orden jurídico, para que no se afecten garantías de la víctima, ni los fines específicos de la institución en examen.

Gramaticalmente el legislador con la redacción del inciso 2° del artículo 350 del C.P.P. pareciera que autoriza condenar por un delito negociado y no por el reato cometido, ese entendimiento no debe ser aceptado, pues ello implica modificar la responsabilidad del delito ejecutado, lo que es imposible en cualquier preacuerdo, porque con ello se afecta el debido proceso, los principios de tipicidad, las garantías de verdad, justicia y reparación, la justicia material y el precedente jurisprudencia de carácter constitucional vigente.

La sentencia C-1260 de 2005, solamente permite al fiscal ajustar la conducta a la estricta tipicidad que le corresponde, por tanto no puede dicho funcionario cambiar la modalidad delictiva consumada para readecuarla por una de menor gravedad, porque esta última raya con la susodicha sentencia que es de obligatorio acatamiento conforme al artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El delito relacionado lo condicionó la sentencia C-1260 de 2005 a que se ajuste a la estricta tipicidad o a la calificación jurídica que le corresponda a los hechos.

Para el preacuerdo con readecuación típica, debe decirse que el inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., al referirse a las formas de aceptación de responsabilidad por el delito imputado o aceptación de culpabilidad por el delito preacordado típicamente, indica el beneficio con la frase “a cambio de que el fiscal” y enuncia seguidamente las posibilidades i) la eliminación de una agravante o cargo específico y ii) la tipificación de la conducta que implique una pena menor, hipótesis para las cuales ya se explicó que solamente son un mecanismo que debe convertirse en un monto de pena para definir el guaranismo a tener en cuenta para rebajarla.

La redacción del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. pareciera permitir que los supuestos de los numerales 1 y 2 del inciso segundo se pueden aplicar a las dos modalidades de preacuerdo que allí se refieren

(preacuerdo con degradación y preacuerdo con readecuación), pero un examen sistemático de este texto con el ordenamiento jurídico, la dogmática penal y sus principios, nos llevan a precisar que la naturaleza del preacuerdo con degradación solo admite el supuesto del numeral segundo del artículo 350 ejusdem.

La expresión “Uno relacionado” de pena menor es solamente el factor de referencia para la conversión a un guaranismo que representa la rebaja de pena a otorgar y no como criterio modificador de la responsabilidad del delito cometido.

4.2.4. Preacuerdo sin rebaja de pena.

El legislador no prohibió la celebración de preacuerdos entre la presentación de la teoría del caso por la Fiscalía y antes de proferirse el anuncio del sentido del fallo.

El legislador limitó los beneficios en los preacuerdos, otorgando el derecho a ellos si se celebran en determinado momento procesal, no fueron previstos si el negocio jurídico se realiza con posterioridad al inicio del juicio oral pero antes de la presentación del caso en el juicio oral y también los excluyó para determinadas conductas punibles por su gravedad o la condición de la víctima (minoría de edad o femicidio).

El procesado asesorado por su defensor puede aceptar los cargos formulados en la acusación de manera consensuada con el Fiscal en la fase procesal indicada anteriormente, caso en el cual el legislador no previó beneficio, lo que no obsta para que el negocio jurídico en estas condiciones surta sus efectos, si de tal situación se la ha suficientemente al procesado.

4.2.5. Preacuerdo con culpabilidad precordada.

El artículo 369 del C.P.P. autoriza al Fiscal a fijar la pretensión punitiva (“no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía” –art. 370 ejusdem-) si se conviene la culpabilidad con la defensa y el procesado, “en los términos previstos en este código”, lo que debe hacerse conocer del juez para su aprobación en el inicio del juicio oral.

Las manifestaciones de culpabilidad precordada deben hacerse conocer antes de que se presente la teoría del caso por la Fiscalía.

El inciso segundo del artículo 367 del C de P.P. otorga una rebaja de pena de la sexta parte si el inculcado unilateralmente acepta culpabilidad. Los textos que integran el capítulo de la instalación del juicio oral no refieren en concreto cuanta pena se debe disminuir como premio por lo que el legislador denomina manifestaciones de culpabilidad precordada, solo se anuncia

que el Fiscal debe expresar la “pretensión punitiva” y que “no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía” (artículos 369 y 370 del C de P.P.).

El irrespeto a las garantías y derechos, de los que se ha dado cuenta en este estudio, sería la razón atendible para que el juez improbara las manifestaciones de culpabilidad preacordada, por lo que su celebración ajustada a derecho le otorga al fiscal la potestad de fijar la punibilidad, en la que ha de tener en cuenta el estado de a actuación, el principio de legalidad de las penas, la proporcionalidad, el aporte a la justicia, las realización de las finalidades a que se refiere el artículo 348 del C de P.P.

5. Marco jurídico de las penas para subrogados y beneficios en los preacuerdos.

En los casos en que los subrogado o sustitutos penales estén prohibidos por la Ley, tales mecanismos no pueden ser autorizados por el preacuerdo.

De no estar excluido los sustitutos o subrogados, se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros (los factores objetivos) dependen del marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y la sanción impuesta, siendo entonces estos criterios los que han de tenerse en cuenta para conceder o negar el sustituto penal.

Los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta, de ahí depende normativamente el requisito objetivo de aquellos, el marco de punibilidad no es el del tipo penal que se tuvo en cuenta para definir la responsabilidad sino el que resulta de la punibilidad negociada para el caso concreto y la sanción impuesta.

Con los preacuerdos se puede negociar la pena y su ejecución, excepto cuando el legislador lo haya prohibido expresamente.

Conclusión del marco teórico.

En materia de preacuerdos, por regla el juez no puede hacer control material, solamente por vía excepcional debe hacerlo si de manera grosera, arbitraria, se desconoce la estricta tipicidad. No habría lugar cuando sobre la adecuación no hay duda, ni se trata de un supuesto jurídico discutible, problemático.

Ajustada a la tipicidad estricta la imputación jurídica, en la que no hay disponibilidad por las partes de la responsabilidad penal, pueden negociar la punibilidad, con la limitación de las prohibiciones legales».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, art. 30

Ley 906 de 2004, arts. 348, 350, 351 y 352

OTRAS PROVIDENCIAS EN QUE SE HA PRESENTADO SIMILAR SALVAMENTO

Ver también, entre otros, los salvamentos, íntegros o parciales, a las siguientes providencias: CSJ SP2168-2016, CSJ SP7100-2016, CSJ AP3393-2016, CSJ AP7858-2016, CSJ SP17024-2016, CSJ SP16933-2016, CSJ AP465-2017, y CSJ SP8666-2017.

ANEXO I

RELACIÓN DE PROVIDENCIAS

Nro.	Radicado	Fecha Prov.	No. Providencia	Clase de Actuación	Tipo de providencia
1	21954	23/08/2005		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
2	24026	20/10/2005		CASACIÓN	SENTENCIA
3	21347	14/12/2005		CASACIÓN	SENTENCIA
4	24668	06/04/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
5	24531	04/05/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
6	25389	10/05/2006		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
7	24764	01/06/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
8	24686	16/06/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
9	25196	10/08/2006		CASACIÓN	SENTENCIA
10	25920	21/02/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
11	26587	21/02/2007		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
12	26087	28/02/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
13	26309	25/04/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
14	27636	27/06/2007		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
15	26255	18/07/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
16	26468	27/07/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
17	27337	23/08/2007		ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
18	27759	12/09/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
19	28381	03/10/2007		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
20	28451	17/10/2007		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
21	28384	01/11/2007		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
22	27518	28/11/2007		CASACIÓN	SENTENCIA
23	28298	23/01/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
24	28772	30/01/2008		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
25	29002	31/03/2008		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
26	28998	03/04/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
27	25306	08/04/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
28	29542	23/04/2008		CASACIÓN	SENTENCIA

29	28847	12/05/2008		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
30	29476	22/05/2008		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
31	29368	10/06/2008		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
32	29788	29/06/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
33	29373	22/08/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
34	30006	15/09/2008		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
35	30299	17/09/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
36	29338	08/10/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
37	29872	30/10/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
38	30679	20/10/2008		HABEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
39	29979	27/10/2008		CASACIÓN	SENTENCIA
40	30130	02/12/2008		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
41	30043	04/02/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
42	31326	11/05/2009		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
43	29473	14/05/2009		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
44	31063	08/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
45	31280	08/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
46	31531	08/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
47	31614	22/07/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
48	32608	14/10/2009		CAMBIO DE RADICACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
49	31001	21/10/2009		CASACIÓN	SENTENCIA
50	32183	17/11/2009		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
51	32422	10/03/2010		CASACIÓN	SENTENCIA
52	33160	21/04/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
53	33834	09/06/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
54	33817	22/07/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
55	33997	04/08/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
56	34727	06/08/2010		HABEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
57	34392	25/08/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

58	32978	15/09/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
59	34787	15/09/2010		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
60	33478	20/10/2010		CASACIÓN	SENTENCIA
61	34893	17/11/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
62	33364	09/12/2010		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
63	35739	28/01/2011		HABEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
64	32685	16/03/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
65	34829	27/04/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
66	33844	04/05/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
67	34022	08/06/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
68	36716	14/06/2011		CAMBIO DE RADICACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
69	35509	06/07/2011		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
70	35973	27/07/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
71	36502	05/09/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
72	30592	05/10/2011		ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
73	35186	19/10/2011		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
74	35361	02/11/2011		CASACIÓN	SENTENCIA
75	36177	08/11/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
76	36367	07/12/2011		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
77	37596	07/12/2011		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
78	38256	21/03/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
79	38500	21/03/2012		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
80	38146	18/04/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
81	38524	02/05/2012		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
82	32058	13/06/2012		CASACIÓN	SENTENCIA
83	38285	11/07/2012		CASACIÓN	SENTENCIA
84	38187	24/07/2012		SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
85	39639	04/09/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

86	39799	05/09/2012		DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
87	33145	17/10/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
88	39948	21/11/2012		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
89	39658	10/12/2012		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
90	35979	12/12/2012		CASACIÓN	SENTENCIA
91	39892	06/02/2013		CASACIÓN	SENTENCIA
92	39707	13/02/2013		CASACIÓN	SENTENCIA
93	39561	13/03/2013		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
94	39276	17/04/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
95	36467	03/07/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
96	33790	03/07/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
97	39566	28/08/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
98	41295	28/08/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
99	37555	11/09/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
100	39886	16/10/2013		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
101	41683	13/11/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
102	41570	20/11/2013		SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
103	39950	11/12/2013		CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
104	38806	26/02/2014	AP832-2014	REVISIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
105	43171	26/02/2014	AP819-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
106	42623	12/03/2014	SP2998-2014	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
107	41754	02/04/2014	AP1683-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
108	41534	30/04/2014	SP5210-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
109	42357	28/05/2014	SP6701-2014	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
110	43433	11/06/2014	AP3136-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
111	40871	16/07/2014	SP9853-2014	CASACIÓN	SENTENCIA

112	38142	30/07/2014	AP4284-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
113	43857	30/07/2014	AP4414-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
114	44007	30/07/2014	AP4261-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
115	41390	20/08/2014	SP10986-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
116	37990	27/08/2014	AP4962-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
117	36088	28/08/2014	AP4957-2014	REVISIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
118	33409	03/09/2014	SP11726-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
119	41908	03/09/2014	AP5233-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
120	42035	10/09/2014	SP12159-2014	REVISIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
121	42452	01/10/2014	AP6049-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
122	44060	01/10/2014	AP6051-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
123	42184	15/10/2014	SP13939-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
124	38044	22/10/2014	AP6545-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
125	40901	22/10/2014	AP6399-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
126	43470	22/10/2014	AP6410-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
127	43773	22/10/2014	AP6436-2014	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
128	44906	26/11/2014	AP7233-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
129	43959	10/12/2014	SP16816-2014	CASACIÓN	SENTENCIA
130	41802	10/12/2014	AP7667-2014	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
131	37076	12/12/2014		CASACIÓN	SENTENCIA
132	43939	21/01/2015	AP169-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
133	39894	11/02/2015	SP1392-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
134	43976	19/02/2015	AP767-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
135	45333	25/02/2015	AP895-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
136	44238	04/03/2015	AP1083-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
137	44925	04/03/2015	AP1092-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO

138	45235	25/03/2015	AP1504-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
139	45745	13/04/2015	AP1823-2015	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
140	44866	16/04/2015	SP4323-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
141	42843	29/04/2015	AP2146-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
142	43211	29/04/2015	SP5543-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
143	45667	20/05/2015	AP2574-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
144	45028	25/05/2015	AP2767-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
145	46113	03/06/2015	AHP3073-2015	HABEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
146	40478	10/06/2015	SP7248-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
147	45174	17/06/2015	AP3355-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
148	45364	17/06/2015	AP3347-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
149	44491	24/06/2015	AP3583-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
150	45569	01/07/2015	AP3779-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
151	41394	05/08/2015	AP4490-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
152	43297	05/08/2015	AP4494-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
153	45327	09/09/2015	AP5187-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
154	46735	16/09/2015	AP5364-2015	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
155	46153	30/09/2015	AP5785-2015	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
156	46571	30/09/2015	AP5721-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
157	43436	28/10/2015	SP14842-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
158	43479	28/10/2015	AP6319-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
159	44056	28/10/2015	SP14844-2015	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
160	41198	12/11/2015	AP6357-2015	ÚNICA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
161	45479	25/11/2015	SP16189-2015	CASACIÓN	SENTENCIA
162	45511	25/11/2015	SP16789-2015	ÚNICA INSTANCIA	SENTENCIA
163	46688	25/11/2015	SP16247-2015	SEGUNDA INSTANCIA	SENTENCIA
164	45888	10/12/2015	SP17044-2015	CASACIÓN	SENTENCIA

165	47249	16/12/2015	AP7405-2015	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
166	47271	27/01/2016	AP299-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
167	42445	03/02/2016	SP919-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
168	43356	03/02/2016	SP931-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
169	45736	24/02/2016	SP2168-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
170	47591	30/03/2016	AP1659-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
171	47223	20/04/2016	AP2424-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
172	47779	04/05/2016	AP2690-2016	IMPEDIMENTO	AUTO INTERLOCUTORIO
173	47933	04/05/2016	AP2677-2016	IMPEDIMENTO	AUTO INTERLOCUTORIO
174	43837	25/05/2016	SP6808-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
175	46991	25/05/2016	AP3232-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
176	47422	25/05/2016	AP3318-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
177	46101	01/06/2016	SP7100-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
178	47860	01/06/2016	AP3393-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
179	48144	08/06/2016	AP3570-2016	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
180	45900	29/06/2016	AP4276-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
181	47871	29/06/2016	AP4229-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
182	48343	29/06/2016	AP4099-2016	DEFINICIÓN DE COMPETENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
183	47830	13/07/2016	AP4491-2016	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
184	42477	07/09/2016	SP12792-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
185	47588	20/09/2016	SP13350-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
186	45594	05/10/2016	SP14191-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
187	44113	16/11/2016	SP16564-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
188	47869	16/11/2016	AP7858-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
189	49257	16/11/2016	AHP7853-2016	HABEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
190	44562	23/11/2016	SP17024-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
191	46684	23/11/2016	SP16907-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
192	47732	23/11/2016	SP16933-2016	CASACIÓN	SENTENCIA
193	49141	30/11/2016	AP8303-2016	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO

194	49510	16/01/2017	AHP034-2017	HABEAS CORPUS	AUTO INTERLOCUTORIO
195	48216	18/01/2017	SP179-2017	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
196	49411	31/01/2017	AP465-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
197	49183	01/02/2017	AP644-2017	SEGUNDA INSTANCIA	AUTO INTERLOCUTORIO
198	44955	22/02/2017	AP1001-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
199	44599	08/03/2017	SP3168-2017	CASACIÓN	SENTENCIA
200	46449	07/06/2017	AP3622-2017	CASACIÓN	AUTO INTERLOCUTORIO
201	47630	14/06/2017	SP8666-2017	CASACIÓN	SENTENCIA
202	45495	28/06/2017	SP9379-2017	CASACIÓN	SENTENCIA