

Proceso No 24764

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 53

Bogotá, D.C., primero de junio de dos mil seis.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación instaurado por el Fiscal Delegado ante la Corporación y el defensor de ÁLVARO IGNACIO ALARIO MONTERO contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de agosto de 2005, por cuyo medio confirmó la condena de 6 años de prisión que el Juzgado 7° Penal del Circuito Especializado de esta ciudad le impuso al antes nombrado en fallo anticipado del 19 de julio anterior, como coautor del delito de extorsión agravada en modalidad de tentativa, en concurso con el de falsedad de particular en documento público, agravada por el uso; en tanto que modificó la pena pecuniaria de multa fijándola en 850 s.m.l.m.v., en lugar de los un mil -1000- deducidos inicialmente por el A-Quo.

De la misma manera, convalidó la negativa en concederle al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

HECHOS

En la sentencia del Tribunal se sintetizan así:

“Según recuento efectuado en el escrito de acusación y no discutido, el Gobernador de la Guajira LUIS GONZALEZ CRESPO por intermedio de su amigo EUSEBIO LOPEZ fue abordado por JORGE ALFREDO PACHECO DELGHAMS quien exigió la suma de ochocientos millones de pesos para archivar una investigación disciplinaria a despacho del Viceprocurador General de la Nación, con la orden del titular del organismo de suspensión provisional del cargo.

“Como prueba de la actuación PACHECO entregó copia de un auto presuntamente firmado por el Procurador General de la Nación.

“LUIS GONZALEZ CRESPO a través de un abogado amigo, conoció que el documento era falso; al tener esa convicción y saberse víctima de una extorsión, con la tranquilidad de que el documento intimidante era espurio decidió continuar con la trama a efectos de lograr la captura de los responsables y así, por su cuenta y riesgo, decidió entregar \$10.000.000 como señal de su disposición para entregar el resto que, luego de muchas negociaciones, se rebajó a \$150.000.000.00.

“El 2 de junio de 2005 con apoyo del Grupo Gaula de Bogotá en un procedimiento controlado se logró la captura en flagrancia de ÁLVARO IGNACIO ALARIO MONTERO, entre otros.”

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia, a la cual se le dio inicio el 3 de junio de 2005 y culminó el día siguiente, se llevó a cabo el control de legalidad de la captura, que a partir de la evidencia física y los elementos materiales de prueba, la Juez 11 Penal Municipal de la ciudad con funciones de control de garantías estimó conforme a derecho. Allí, la Fiscalía le imputó a los aprehendidos el delito de extorsión agravada en concurso con falsedad

material de particular en documento público, agravada por el uso. El representante del ente fiscal solicitó imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, empero la juez de garantías consideró que lo procedente era la detención domiciliaria, como en efecto así lo decretó.

Por Resolución N° 02334 del 13 de junio del pasado año, el Fiscal General de la Nación asignó el asunto a un Fiscal Delegado ante esta Corporación, quien, tras el examen de los medios de pruebas existentes, “por iniciativa propia y al margen de cualquier conversación” -dijo-, decidió modificar la imputación al precisar respecto de la conducta punible de extorsión que ella se atribuía en su modalidad de tentativa, manteniendo, sin embargo, la imputación por el delito contra la fe pública endilgado.

Adelantadas las conversaciones pertinentes con ALARIO MONTERO y su defensor, el Fiscal arribó a un preacuerdo con el procesado, cuya acta incorporó al escrito de acusación que presentó al juez del conocimiento, tras el cumplimiento de los presupuestos que el Art. 349 de la Ley 906 de 2004 demanda en estos casos, para lo cual el imputado entregó al apoderado de la víctima la suma de \$5'000.000.

Así, bajo el epígrafe de “Términos de la aceptación de culpabilidad por preacuerdo con la Fiscalía”, en dicho escrito se plasmó:

“Consecuente con la reformulación de la imputación que se concreta en el delito de Extorsión Agravada (artículos 244, y 245 numeral 7 del código penal) en grado de tentativa (artículo 27 ibidem); en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de Falsedad Material de Particular en Documento Público agravado por el Uso (artículos 287 y 290 del código penal), el imputado Álvaro Ignacio Alario Montero acuerda con la Fiscalía allanarse a los cargos imputados en esta oportunidad, declarándose culpable, a cambio de que la fiscalía solicite ante un Juez Penal del Circuito Especializado se le rebaje la pena, que por ley le corresponda, hasta en la mitad. De la misma forma la Fiscalía

propondrá para que el Juez considere, dentro del ámbito de su competencia, la posibilidad de que la pena se purgue con prisión domiciliaria, en consideración a que el imputado ha venido cumpliendo preventivamente la detención desde su domicilio sin que exista noticia que ha incumplido con sus obligaciones.” -Se ha hecho énfasis-

Dicho acuerdo fue verificado en audiencia que presidió el Juez 7° Penal del Circuito Especializado de Bogotá. En la citada diligencia, la cual tuvo lugar el 13 de julio de 2005, el Fiscal honró el preacuerdo al que arribó con ALARIO MONTERO, una vez superado el escollo que propició la agente del Ministerio Público cuando dijo oponerse a lo preacordado por no corresponder la imputación jurídica del delito de extorsión con la imputación fáctica y, del mismo modo, porque estimó que dicho acuerdo no consultaba los parámetros que para arribar al mismo establecía el Art. 349 de la Ley 906 de 2004.

Constatado por el director de la audiencia el cumplimiento de las exigencias contenidas en el Art. 293 del C. de P. Penal, le impartió aprobación al susodicho acuerdo.

Acto seguido, y tras declarar hallarse satisfechas las exigencias legales para proferir la sentencia condenatoria anticipada deprecada, el juez del conocimiento procedió al acto de individualización de la pena, oportunidad en la cual el Fiscal haciendo uso de la facultad que le defiere el Art. 447 del estatuto procesal penal, solicitó se partiera de los mínimos, petición que coadyuvó el Ministerio Público; lo propio hizo el defensor, quien además impetró que la respectiva sanción se rebajara en un 50% y se concediera a su asistido la prisión domiciliaria por cumplir con los requisitos establecidos para el efecto.

Consideró el juez que como no hubo acuerdo entre el Fiscal y el imputado acerca de la pena en concreto a imponer, debía acudir al sistema de cuartos conforme a las previsiones del Art. 61 del C. Penal, determinación a la que se opusieron tanto la Sra. Procuradora Delegada, el Fiscal y la defensa, advirtiéndolo acerca de su improcedencia dada

la proscripción de dicho método en la ley 890 de 2004 para eventos en que, como en este caso, ha existido el acuerdo del que trata los Arts. 350 y 351 del C. P. P.

No obstante lo anterior, el juzgador insistió en su tesis y, acudiendo al sistema de cuartos se situó en el primero; tras los cálculos pertinentes, para lo cual tuvo en cuenta los factores que inciden en la punibilidad, determinó que la pena corporal imponible sería de 12 años de prisión y la pecuniaria de 2000 s.m.l.m.v., las que redujo en la mitad “por un acto de generosidad”, en el entendimiento de que si bien no se llegó a un acuerdo sobre el monto concreto de la rebaja por el allanamiento a cargos, tal vez por error de interpretación de la norma por las partes, era lo cierto que la intención del Fiscal y el imputado fue esa. En definitiva, le impuso al imputado 6 años de prisión y 1000 s.m.l.m.v. a título de multa, y por un término similar al de la pena privativa de la libertad, lo condenó a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, pues, estimó que su otorgamiento no hizo parte del acuerdo, amén de que en ambos eventos ni siquiera se satisfacía el factor objetivo previsto, en su orden, en los Arts. 63 y 38 del C. Penal. De esta manera revocó la detención domiciliaria de la que gozaba el encartado, para en su lugar disponer que, ejecutoriada la sentencia, ALARIO MONTERO debía purgar la pena impuesta en física reclusión.

El 19 de julio del año pasado se llevó a cabo la audiencia a través de la cual se tramitó el incidente de reparación integral de los perjuicios causados, los que las partes conciliaron en \$50'000.000, luego de lo cual se prosiguió con la diligencia de individualización de la pena y emisión de la respectiva sentencia y, en los términos ya reseñados, se comunicó el fallo de condena.

Apelada la sentencia de primer grado por el Fiscal, la agencia del Ministerio Público y la defensa, el Tribunal le impartió confirmación con la modificación a la que se hizo alusión en el acápite inicial de esta providencia, fallo que es el objeto del recurso de

casación del que ahora se ocupa la Sala.

LAS DEMANDAS

1. El Fiscal Delegado ante la Corte formula un único cargo, el cual concreta de la siguiente manera:

Con fundamento en la causal 1ª, aduce la falta de aplicación de la norma legal llamada a regular el caso, en cuanto que el Tribunal al confirmar la pena de 6 años de prisión que al procesado le impuso el Juez 7º Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dejó de aplicar las preceptivas del Art. 351 de la Ley 906 de 2004 que dispone:

“(…) Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”

Destaca que dicho mandato debe ser entendido dentro del marco teleológico del novedoso instituto del preacuerdo regulado en el Art. 348, en tanto que la obligación del juez se mantiene siempre que lo acordado no desconozca o vulnere las garantías fundamentales y cumpla con el “fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.”

Por tal motivo, no resulta ser del todo cierto, como se expresa en la sentencia de segunda instancia, que “los términos del acuerdo se deben certificar en un documento escrito, claramente indicado y precisamente estipulado”, porque pensar de esa manera conlleva a desnaturalizar la actuación concebida en el inciso 1º del Art. 447 ibidem, cuyas preceptivas transcribe. Seguidamente acota:

“(…) si fuera de recibo la apreciación contenida en el fallo recurrido, ningún sentido tendría la oportunidad que se le brinda a la fiscalía de referirse a la probable determinación de la pena a imponer, porque las consideraciones que hiciere el acusador en esa importante intervención sobrarían. Esta posición resulta inaceptable, en la medida que, por vía de hecho, se estaría desconociendo el sentimiento del legislador (…)”

Nada impedía, en consecuencia, que la Fiscalía al llegar a la audiencia de individualización de la pena, hiciera expresa su intención de solicitar la pena mínima para el procesado, pues entendió que esa era la sanción que por ley le correspondía, honrando de una tal manera el acuerdo suscrito con el imputado. Empero, como el Tribunal no lo entendió así al expresar que ningún pacto se había materializado en relación con la pena imponible -“pues bien claro quedó que la fiscalía a cambio de la aceptación de responsabilidad peticionaría que a la pena a imponer, según la ley, se le rebajara hasta la mitad”-, palmariamente se equivocó al avalar la posición que asumió el operador judicial cuando procedió a su puntual dosificación pretextando que en el referido acuerdo no se mencionó ni le impuso al juez la obligación de respetar un monto de pena exacto.

Por consiguiente, como no era posible acudir al método de cuartos para individualizar la pena por expresa prohibición legal, advierte finalmente el Fiscal Delegado demandante, la sanción que por ley debía imponerse era la mínima de acuerdo a los parámetros que para su determinación establece el Art. 60 del C. Penal, “que impedirían una movilidad del sentenciador dentro de unos límites tan amplios como aquellos contenidos en el artículo 61 ídem.”

Que se case parcialmente el fallo recurrido para que se modifique la pena impuesta al reo deduciéndole la mínima que por ley corresponda, es la pretensión Fiscal.

2. Al auspicio de la causal segunda, dos cargos formula el defensor del procesado contra la sentencia impugnada por afectación de garantías fundamentales, por desconocimiento del debido proceso que desquicia de manera sustancial su estructura, situación que da lugar a la causal de nulidad prevista en el Art. 457 de la ley 906 de 2004.

2.1. Tras citar los Arts. 350 de la citada ley 906 y 3° de la ley 890 del mismo año, aduce en la demostración del primer reparo presentado como principal, que conforme con lo establecido en la disposición citada inicialmente, obtenido el preacuerdo “el Fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”, lo que indica que aunque no requiere del mismo contenido del escrito de acusación, si debe ser absolutamente claro y preciso en todos los temas acordados para que pueda servir de marco o límite a la sentencia.

La mentada ley 906 conserva el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, cuya regulación legal la establece el Art. 448. “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por los delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Luego de citar apartes del pronunciamiento de la Corte de octubre de 2005, Rdo. 24.026, en el que, en su sentir, la Sala realiza una importante reflexión sobre lo vital del principio de congruencia en eventos de terminación anticipada del proceso, argumenta el Letrado:

“Teniendo el preacuerdo la misión de convertirse en escrito de acusación, que además, ‘obliga al juez de conocimiento’, salvo que desconozca o quebrante las garantías constitucionales, tiene que ser un escrito muy completo en donde sobre los hechos, la tipicidad, la responsabilidad y la punibilidad no queden temas por precisar, vacíos, o cláusulas que reflejen malentendidos entre la Fiscalía y el sindicado. El Juez está en la obligación de verificar previamente a la aprobación que no haya puntos

confusos, ni indeterminados, ni contradictorios, etc., pues ellos además de afectar la estructura del proceso, lesiona garantías fundamentales del imputado, como es el derecho a que a cambio de su renuncia a la presunción de inocencia y a la no autoincriminación, se cumpla lo acordado mediante una sentencia congruente con dicho acuerdo.”

Luego de hacer referencia a lo que en relación con la materia en discusión - preacuerdos y negociaciones- ha comentado un reconocido miembro de la Comisión Redactora del Código, respecto de la situación de su asistido sostiene:

“En el presente caso el preacuerdo es de tal manera impreciso, que el señor Juez estima, y el Tribunal acoge en la sentencia de segunda instancia, que salvo la declaración de culpabilidad por parte del acusado, no se preacordó nada sobre la pena, ni sobre el porcentaje de rebaja por aceptación de los cargos, ni sobre la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria, ni sobre ningún otro tema, lo cual era razón suficiente para que el señor Juez no le hubiera impartido aprobación, ya que en esas condiciones el escrito no contenía acuerdo sobre ningún tema, y era necesario aclarar si lo reflejado en el escrito era una simple aceptación de la imputación, por qué el Fiscal y la defensa habían manifestado que lo que se presentaba como acusación era fruto de un preacuerdo.”

Su texto -el del preacuerdo- es como sigue, enfatiza:

“... el imputado Alvaro Ignacio Alario Montero acuerda con la Fiscalía allanarse a los cargos imputados en esta oportunidad, declarándose culpable, a cambio de que la Fiscalía solicite ante un Juez Penal del Circuito Especializado se le rebaje la pena, que por ley corresponda, hasta en la mitad. De la misma forma la Fiscalía propondrá para que el Juez considere, dentro del ámbito de su competencia, la posibilidad de que la pena se purgue como prisión domiciliaria, en consideración a que el imputado ha venido cumpliendo preventivamente la detención desde su domicilio sin que exista noticia que ha

incumplido con sus obligaciones”.

Por esa imprecisión y la falta de claridad sobre lo acordado entre el Fiscal y el sindicado y su defensor, en el desarrollo de la audiencia se observa cómo los sujetos procesales actúan con el convencimiento de que acordaron que la dosificación de la pena parta de los mínimos, que la rebaja por preacuerdos sea de la mitad y que su cumplimiento va a ser en prisión domiciliaria, mientras que el señor Juez estima que ninguno de esos puntos fue preacordado, diferencia de entendimiento que se erige en otra razón para que el Juez no le hubiera impartido aprobación por “anfibológico” y, si ya lo había aprobado, estaba obligado a invalidarlo, como quiera que él no puede imponer su lectura del preacuerdo contra la voluntad de quienes lo realizaron. Actuar en contrario, es obrar con deslealtad procesal, argumenta el Togado. Como garante de la constitucionalidad y legalidad del proceso, debió abstenerse de dictar sentencia con fundamento en un “escrito de acusación incierto.”

En apoyo de su argumentación, trae el defensor a colación las disquisiciones que se dieron en la audiencia, pues, mientras que para el Juez no se llegó a acuerdo alguno entre la Fiscalía y el imputado sobre la pena, que bien pudieron hacerlo para que a éste se le impusiera el mínimo; para la agente del Ministerio Público en clara referencia a lo estipulado en el Art. 3° de la Ley 890 de 2004 en cuanto a la prohibición de la aplicación del sistema de cuartos en eventos en los cuales ha existido preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa, expresó:

“Como lo hemos acabado de escuchar tanto de parte del señor Fiscal como del señor defensor que concurrieron al preacuerdo ambos han coincidido en que se parta de los mínimos a imponer.”

En el mismo sentido se pronunció el Fiscal Delegado, quien no empuce admitir que si bien en el escrito contentivo del preacuerdo no se hallaba establecido el

quantum punitivo acordado, brotaba con claridad por lo manifestado en la audiencia que la voluntad de la defensa y la Fiscalía era la de solicitarle al Juez en la tarea de individualización de la pena pertinente, no partir de los cuartos sino del mínimo de la sanción imponible, términos en los que de idéntica manera se manifestó el procesado, porque de no haber sido así, ningún acuerdo hubiese suscrito.

Ante posiciones tan disímiles, y como quiera que el Juez mal puede pasar por encima de la voluntad de los autores del preacuerdo, “so pretexto de que ya fue aprobado, así lo que diga en el escrito no corresponda exactamente a lo que le manifiestan en la audiencia”, en cuanto dijo atenerse a lo que estaba escrito, lo cual avaló el Tribunal, estima el casacionista que con un tal proceder se violó el debido proceso, puesto que no sólo se impartió aprobación a un escrito de preacuerdo ambiguo, sino que se terminó por desconocer la voluntad de las partes imponiéndoseles unas consecuencias diferentes a las preacordadas por ellas, “y especialmente ajenas a la razón por la cual el sindicado sacrificó todos sus derechos y garantías procesales aceptando la responsabilidad.”

En este caso, reitera, lo que debió hacer el Juez era invalidar el acuerdo por confuso y no apto para proferir sentencia, o por lo menos y en aras de la celeridad procesal y su esencia oral, exigir a las partes que lo rehicieran o corrigieran, de tal manera que no hubiera lugar a incertidumbre alguna acerca de su real voluntad, lo cual en manera alguna constituye retractación del acusado, en tanto de lo que se trata es de que el Juez entienda el acuerdo en la forma en que las partes lo concibieron, pues, en últimas, el juzgador resultó imponiendo su voluntad apuntalado en la imprecisión del escrito de preacuerdo, al punto de que fijó la pena con aplicación del sistema de cuartos en un evento en el que la ley expresamente lo excluye.

Consecuentemente con sus razonamientos, solicita el demandante se case la sentencia recurrida y en su lugar se decrete la nulidad a partir de la aprobación del preacuerdo, con

el fin de que Fiscal y sindicado subsanen las imprecisiones que contiene para que pueda servir como escrito de acusación, y se rehaga el trámite.

2.2. Con fundamento en la citada causal segunda, el censor plantea como cargo subsidiario la nulidad en cuanto que la sentencia recurrida viola garantías fundamentales por desconocimiento del debido proceso que desquician de manera esencial su estructura.

El Fiscal del proceso -argumenta en la sustentación del reproche- entendió que lo preacordado había que solicitárselo al juez, y no presentárselo como una negociación finalizada simplemente para su aprobación -error que no le quita la esencia ni el propósito para el cual fue solicitada la audiencia-, que no fue otro que obtener la aprobación del preacuerdo y presentarlo como escrito de acusación, tal como lo hace saber desde el inicio de la diligencia.

El preacuerdo presentado como escrito de acusación fija el marco con el cual debe ser congruente la sentencia, de manera que si el fallo desconoce el acuerdo viola la garantía fundamental del proceso, como en el presente evento aconteció, pues si bien la rebaja concedida coincide con la acordada, no ocurrió lo mismo respecto de la dosificación de la pena sobre la base de los mínimos, ni tampoco se respetó el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

El Art. 369 de la ley 906, dispone:

“Manifestaciones de culpabilidad preacordadas. Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere.”

De ahí que se entienda, a partir de la anterior regulación, por qué el Art. 3° de la ley 890

de 2004 establece que el sistema de cuartos no es aplicable a eventos en los que ha tenido efecto preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y la defensa, pues ante manifestaciones de culpabilidad preacordada, resulta fundamental el señalamiento de la pretensión punitiva.

El Fiscal entendió que habiendo pedido la máxima rebaja punitiva y no siendo aplicable el sistema de cuartos, la sanción a imponer tenía que graduarse sobre la base de los mínimos, “y no agregando los dos años que el señor Juez invocando el sistema de cuartos sumó, razón por la cual la pena privativa de la libertad quedó en seis años y no en cinco como debía ser.”

Del mismo modo, el juez de primera instancia niega la prisión domiciliaria porque el mínimo de la pena para el delito de extorsión en las condiciones imputadas excede de cinco años; en tanto que para el Tribunal tal aspecto no puede ser parte de un preacuerdo por parte de la Fiscalía “por ser aspecto del exclusivo resorte del juez en la sentencia”, amén de que sobre el punto no existió preacuerdo como quiera que lo que existió fue el compromiso de proponer el tema al competente para su estimación y, además, porque en tratándose de delitos de esa naturaleza -extorsión- se encuentra vigente la prohibición de conceder subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Para el libelista, los sentenciadores se equivocaron en la definición de tan concreto tópico, porque la prisión domiciliaria hace parte del acuerdo y expresamente así se consignó en él, y si el Fiscal la solicitó al juez es porque accedió a ello. La impropiedad de la petición, mal puede dar al traste con la aspiración de las partes, variando la esencia de lo que éstas acordaron. Una tal circunstancia no le quita la obligatoriedad que tiene para el juez lo acordado. Lo fundamental “es lo que se acordó no la forma como se pide su aprobación”, advierte el censor.

Y, agrega: “La pretensión punitiva, que es negociable, comprende no solo el tiempo sino la forma de ejecución, intramural o domiciliaria.”

Súmese a lo anterior, que como se trata de un hecho ocurrido bajo la vigencia de la ley 906 de 2004, que no tiene límite punitivo para la prisión domiciliaria, y respecto del cual no rige la ley 733 de 2002 por cuanto no está vigente, palmario resulta el yerro del Tribunal, deja entrever el censor. A manera de colofón de sus argumentaciones, afirma:

“En conclusión, las razones aducidas por el sentenciador para no dictar el fallo en consonancia con la acusación preacordada no está ajustada a derecho, de manera que la sentencia recurrida está viciada de ilegalidad por ser incongruente con la acusación, lo cual constituye violación de la garantía fundamental del debido proceso.

“Las consecuencias aplicables a mi defendido a cambio de la aceptación de su responsabilidad, son cinco (5) años de prisión que debe cumplir en detención domiciliaria, y multa reducida al mínimo.”

Solicita, en consecuencia, se case la sentencia recurrida decretándose su nulidad, y en su reemplazo se profiera un nuevo fallo que sea congruente con la acusación preacordada, conforme a lo establecido en el inciso 2° del Art. 185 del C. de P. Penal.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El Fiscal Delegado ante la Corte diciendo defender el compromiso que hizo con el señor Alario Montero, aduce que edificó el cargo en la falta de aplicación de la norma legal llamada a regular el caso, toda vez que el acuerdo a que se llegó con el procesado era la imposición de la pena mínima, y los jueces de instancia optaron por aumentarla en dos años, lo cual aparejó como consecuencia que la sentencia de segunda instancia violentara el artículo 351 de la Ley 906, en cuanto se inobservó lo estipulado en dicho precepto acerca de que los acuerdos o los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado son

de obligatorio cumplimiento para el juez, salvo que con ello se desconozcan o se quebranten garantías fundamentales.

La segunda instancia para negar la argumentación que tenía la Fiscalía en el momento en que interpuso el recurso de apelación, manifestó que los términos del acuerdo se deben certificar en un documento escrito, claramente indicado y precisamente estipulado. Aquí radica el error del juzgador, porque conforme con lo reglado en el Art. 447 del C. de P. Penal, luego de que el juez haya aceptado el acuerdo celebrado con la Fiscalía el juez concederá brevemente por una sola vez la palabra al Fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden y, si lo considera conveniente, podrán referirse a la probable determinación de la pena, lo que significa que no es cierto que la determinación o que los términos del acuerdo se deban certificar en un documento escrito, claramente indicado y precisamente estipulado.

El espacio que el Código abre para que las partes luego de aceptado el acuerdo celebrado puedan referirse a la pena, debe tener alguna incidencia; precisamente, allí fue donde expresamente la defensa solicitó la pena mínima, la Fiscalía no hizo ninguna manifestación, con lo que tácitamente estaba aceptando esa pena mínima que estaba proponiendo la defensa. Por lo mismo, concretamente la Fiscalía está solicitando que se case la sentencia para reducirla en los dos años que fue aumentada la pena y se imponga la que se había propuesto, esto es, de 4 años. Esa es en resumen la demanda que ha interpuesto la Fiscalía General de la Nación.

2. Por su parte, el defensor del sentenciado reiterando los planteamientos consignados en su demanda, sostiene que la inconformidad que motivó las censuras que ahora sustenta consisten en que, formulada la imputación por el delito de extorsión y por falsedad material de particular en documento público, vinieron las conversaciones con el señor Fiscal, el sindicado y el defensor que actuaba en ese momento, y esas

conversaciones que según aparece registrado allí se dieron unas 6 o 7 veces -para entonces el Fiscal Delegado ante la Corte había asumido la representación de la Fiscalía General de la Nación- ya había considerado que el delito de extorsión debía imputarse en el grado de tentativa. En tales diálogos concluyeron que se había preacordado que a cambio de que el sindicato ALARIO MONTERO aceptara su responsabilidad, se partiera de la pena mínima y además que se hiciera la rebaja de la mitad prevista en la ley; adicionalmente el Fiscal entendió que no podía exigir que se otorgara la detención domiciliaria, sino que él simplemente la pediría al juez para que la considerara dentro de sus facultades.

El sindicato y su defensor entendieron que a cambio de la aceptación de la responsabilidad del primero, a éste le iban a conceder unos beneficios negociados -que la pena fuera la mínima, rebajada en la mitad, y que se le otorgara la prisión domiciliaria-. Con ese entendimiento acerca de lo preacordado, solicitaron la audiencia para pedir la aprobación del acuerdo que se convertiría en acusación. Dicho acuerdo se llevó por escrito a la audiencia y allí se le dio lectura. En la parte pertinente, quedó consignado lo siguiente:

“Consecuente con la reformulación de la imputación que se concreta en el delito de extorsión agravada Art.244 y 245 Numeral 7º del C. P., en grado de tentativa, Art.27 ibidem, en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso, Arts. 287 y 290 del C. P.; el imputado Álvaro Ignacio Alario Montero acuerda con la Fiscalía allanarse a los cargos imputados en esta oportunidad, declarándose culpable, a cambio de que la Fiscalía solicite ante un juez penal del circuito especializado se le rebaje la pena que por ley corresponda hasta en la mitad, de la misma forma la Fiscalía propondrá para que el juez considere dentro del ámbito de su competencia, la posibilidad de que la pena se purgue como prisión domiciliaria, en consideración a que el imputado ha venido cumpliendo preventivamente la detención desde su domicilio, sin que exista noticia de que ha

incumplido con sus obligaciones”.

Inquiridas las partes si ello era lo acordado, manifestaron que sí, con lo cual el sindicato dijo estar conforme “siempre y cuando se me cumpla con los compromisos adquiridos”. Ante la manifestación de que ese acuerdo se había aceptado voluntariamente, el juez le impartió aprobación y, acto seguido, procedió a dictar la sentencia de acuerdo con los cargos admitidos -tentativa de extorsión y falsedad material de particular en documento público-.

Cuando llegó al tema de la dosificación de la pena, dijo:

“En este acuerdo realmente no hubo ninguna estipulación sobre que se aplicara el mínimo de la pena, ahí lo que se dice es que se solicita al juez, y yo entiendo que si lo que me están solicitando, entonces yo puedo graduar la pena según mi arbitrio, por esa razón voy a aplicar los cuartos que están previstos en la ley. En cuanto a la aplicación de la rebaja de la mitad tampoco está estipulado en el acuerdo, de manera que en esas condiciones queda al arbitrio que el juez señale la rebaja en la cantidad que él considere. Y, en cuanto a la prisión domiciliaria, lo hubieran podido acordar pero tampoco lo dijeron expresamente en el acuerdo, en otras palabras, para el juez el acuerdo lo único que tenía claro era que el sindicato aceptaba su responsabilidad, pero los beneficios para el sindicato no los entendió como claros ninguno, y entonces por esa razón concluyo de esa manera, como no se estipuló que se partiera del mínimo aplico los cuartos, y como no se dijo de la prisión domiciliaria entonces yo puedo resolver sobre el tema.”

En cuanto a la rebaja de pena a la mitad -situación que se puede constatar textualmente, señala el defensor-, el señor juez considera que dada la confusión en que incurrieron las partes sobre lo que podían consignar en el acuerdo, seguramente le dieron un entendimiento equivocado a la norma y que lo que realmente querían pactar

es que la rebaja fuera de la mitad, pero finalmente no terminó quedando claro en el escrito, y ante tal situación, él estima que por “generosidad” le va a conceder la mitad de la rebaja. Así se expresó el señor juez:

“Como no quedó claro en el acuerdo que la rebaja era de la mitad pero yo advierto que ustedes obraron en una situación muy confusa, fiscal y defensor, y no sabían que debían consignar dentro del acta, entonces yo atendiendo a esa confusión que veo en ustedes que su voluntad era una pero terminaron plasmando otra cosa, yo voy a optar generosamente por concederle una rebaja equivalente a la mitad.”

En esas condiciones, termina diciendo el Sr. Juez:

“Ustedes habían podido preacordar la pena, pero no la preacordaron, ustedes habían podido acordar de cuánto es la rebaja, pero no la preacordaron, y ustedes habían podido preacordar la prisión domiciliaria pero no la preacordaron, entonces yo resuelvo.”

Ante esa manifestación, tanto el señor fiscal, como el sindicato y su defensor le manifiestan al juez que realmente lo que ellos preacordaron fue eso, y que el fiscal no lo incluyó en el escrito porque su parecer era que no se podía hacer, pero que dada la circunstancia de que están en la audiencia le dicen al Señor Juez que esos no fueron los términos del acuerdo, a lo que el juez responde: “Yo lamento mucho pero el acuerdo ya fue aprobado, y como ya fue aprobado en esas condiciones tengo que proceder y procedo a dictar la sentencia”, y entonces dicta una sentencia que evidentemente resulta bastante gravosa para el sindicato.

Ante la falta de claridad del acuerdo, pues las partes no supieron precisarlo, el juez debió invalidarlo y devolver las diligencias para que se surtiera el trámite normal, sostiene el defensor, como quiera que la voluntad expresada por las partes, especialmente por el sindicato de renunciar a su presunción de inocencia, de evitar que se siga un dilatado

proceso, de facilitar que el asunto concluya en forma inmediata, termina siendo burlada, porque aunque el fiscal y el propio sindicato manifiestan que lo acordado fue otra cosa, sin embargo, el señor juez considera que aprobado el acuerdo, no hay lugar a la retractación. Pero, realmente no se trata de una retractación, sino de la advertencia del fiscal, del sindicato y su defensor, acerca del mal entendimiento que el juez le dio al acuerdo, pues, como así se lo hicieron saber, “eso no fue lo que nosotros acordamos”.

Con la actitud del Sr. juez en este proceso, destaca el defensor, se terminó convirtiendo una aceptación de responsabilidad negociada y preacordada, en una simple y llana aceptación de responsabilidad, porque lo único que quedó claro para el juez fue que el sindicato había aceptado ser responsable, mientras que para el fiscal, el sindicato y el defensor había quedado claro que aceptaba la responsabilidad pero a cambio de unos beneficios.

2.1. Esa irregularidad advertida en la actuación realizada por el juez, en términos de casación se traduce en la causal segunda prevista en el artículo 181 de la Ley 906/04. No se trata de la violación directa de la ley, explica el defensor, porque no es un problema de selección o de interpretación de la ley, es un problema de la aplicación de un mecanismo para efectos de poder llegar a la aplicación de la sentencia; no se discute que las normas que se debían aplicar, fueron las que efectivamente se aplicaron, pero no en la forma como estaba pactado en el acuerdo. Por consiguiente, es la causal segunda en el entendido de que hubo desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Si se llega a una audiencia con un escrito de acuerdo, aprobado el mismo éste sirve como acta de acusación, por esa razón, como ya lo manifestó la propia Sala de Casación Penal, ese pliego de cargos consignado en el acta tiene que ser suficientemente claro, debe ser preciso, debe reflejar la voluntad de las partes en el acuerdo, porque la sentencia tendrá que ser entonces congruente con el acta de acuerdo que a su vez es el pliego de

acusación, de manera que si ese pliego de cargos no reúne los requisitos exigidos por la ley por su falta de claridad en cuanto las partes manifiestan su confusión al expresar que lo que el juez infiere del mismo no fue lo acordado, el juez no puede, so pretexto de la falta de claridad del acta, decir que entonces le están cediendo a él la posibilidad de sentenciar. Es muy claro que si el sindicato acepta su responsabilidad sobre la base de que se le den unos beneficios, es para evitar que el proceso se dilate y que se pueda rápidamente administrar justicia.

Por esa razón, en el primer cargo formulado como principal se pide que se invalide la actuación procesal a partir del momento en que se aprobó el preacuerdo, porque dicho preacuerdo es evidentemente anfibológico en el sentido de que el señor fiscal entendió que allí se reflejaba una cosa distinta, el sindicato y su defensor entendieron una situación diferente, en tanto que para el juez terminó significando otra muy diversa.

Cuando se trata de un preacuerdo, es fundamental que quede determinada cuál es la punibilidad a la que se aspira, porque en realidad la sentencia a dictar tiene por fundamento ese acuerdo; si el juez advirtió que allí faltaba claridad sobre lo que se había acordado, debió invalidarlo, pero de ninguna manera aprovechar la situación para dictar la sentencia que correspondía aplicar en ese caso.

Como la defensa estima que el juez no puede pasar por encima de la voluntad de quienes han realizado un acuerdo, como aquí aconteció, su actuación devino irregular y por lo tanto violatoria del debido proceso.

2.2. De manera subsidiaria, otro cargo, también por nulidad, propone el defensor, censura con la cual persigue la invalidación del fallo para que se dicte el de reemplazo -explica-, si se considera por la Sala que el error se encuentra radicado en la propia sentencia en cuanto ésta es incongruente en la medida en que si se llegara a la conclusión de que no obstante la situación del acuerdo -la advertencia que hace el fiscal

sobre lo preacordado, y el reproche que hace el sindicato y su defensor sobre el mismo punto-, estimara que a pesar de lo confuso del preacuerdo, sin embargo del mismo podría rescatarse que la voluntad de las partes fue aceptar la responsabilidad a cambio de la imposición de la pena mínima, de la rebaja de la mitad en la pena, y la concesión de la prisión domiciliaria. Es decir, si a juicio de la Sala el preacuerdo refleja eso y el juez hizo algo diferente, se trata de un problema de una sentencia incongruente, y esa incongruencia de sentencia es también un error que viola el debido proceso.

En sustento de su tesis, aduce el defensor que los códigos anteriores habían tenido este motivo de casación como una causal propia, la segunda, porque antes, cuando se trataba de nulidades, no se podía dictar sentencia de reemplazo; pero, a partir de la última legislación en la cual se admite que no obstante se trate de nulidad pueda dictarse sentencia de reemplazo, evidentemente la causal segunda de casación había quedado sobrando. Por eso, en éste código no está establecida como causal independiente, sino que forma parte de la causal segunda, porque cuando hay una incongruencia, lo que realmente se presenta es un problema de violación del debido proceso, ya que el debido proceso exige que la sentencia se dicte dentro del marco de la acusación.

Luego, entonces, si el Fiscal reconoce que lo que preacordó fue que se dictara sentencia con la imposición de la pena mínima y que ésta se rebajara en la mitad, es perfectamente claro que si el juez no entiende el preacuerdo de esa manera como se lo están diciendo, no puede dictar sentencia de otra forma porque le quedaría incongruente, y mucho menos como lo hizo en este caso que la profirió con violación expresa del mandato legal que prohíbe acudir a los cuartos cuando se trata de preacuerdos.

De ahí el sentido de la nulidad invocada en primer término, porque si el juez entendió que a pesar de las explicaciones de las partes acerca de lo preacordado, ello no se evidencia en el escrito, no era posible aceptarlo. Empero, si considera que aquello es lo que se deriva de la voluntad de las partes, tiene que dictar la sentencia conforme a lo que se le está

indicando porque sino el fallo resulta incongruente. Este es el sentido del segundo cargo que se presenta, para que la Corte case la sentencia y dicte la que deba reemplazarla.

Finalmente, dice el defensor dejar a consideración de la Corte las siguientes disquisiciones a efecto de que su pretensión sea acogida:

“(...) si el fiscal en un preacuerdo, le solicita al juez que dentro de su competencia conceda la prisión domiciliaria, entiende la defensa que esa solicitud es de obligatorio cumplimiento para el juez, porque si el preacuerdo se firma, se suscribe entre el fiscal y el sindicato, y eso que el sindicato anhela que es que la prisión domiciliaria no encuentra en el fiscal oposición ninguna, pues quiere decir que el fiscal está aceptando eso, y en lugar de decirle al sindicato, yo le voy a pedir al juez que se la conceda, lo que debe decirle al juez es que eso forma parte del preacuerdo. Lamentablemente, el fiscal, como se reconoce ahí dentro de la diligencias, era su primer preacuerdo, su primera intervención dentro de esto, y él, respetuoso como ha sido la tradición de la autoridad, no entiende todavía que cuando el fiscal preacuerda realmente no está haciendo una solicitud al juez sino le está diciendo al juez dicte la sentencia dentro de estos términos, salvo que el juez entienda que hay violación de una garantía fundamental, ese preacuerdo obliga para el juez, y entonces el fiscal lo que dice es, como lo acabamos de oír en la lectura del preacuerdo, le solicito señor juez que aplique la rebaja de la mitad, y no es una solicitud lo que tiene que formular en esos términos, sino comunicarle al señor juez que el preacuerdo ha sido señalado en estos términos, y que si no encuentra una razón que viole garantías fundamentales, que le imparta aprobación y lo tome como fundamento de la sentencia, como escrito de acusación para efecto de la sentencia; entonces, si por parte del fiscal queda claridad sobre qué fue lo que se acordó y él lo solicita, creo que el juez tiene que dictar la sentencia conforme a esa solicitud, y esa solicitud no puede ser entendida como que se deja al arbitrio del juez, porque se trata de un acuerdo, y a la parte no se le puede decir, vamos a acordar que usted se declara responsable a cambio de

que esperemos a ver que resuelve el juez sobre este tema, sino todo lo contrario, usted se declara responsable y en el preacuerdo queda consignado cuáles son los beneficios que se le van a otorgar, si el juez considera que eso viola garantías fundamentales, invalida el acuerdo, pero si él, por el contrario, considera que eso no viola ninguna garantía fundamental, le impartirá aprobación.

“La Corte Suprema de Justicia en el tema de la sentencia anticipada muchas veces manifestó en sus providencias que si el juez no encontraba que había violación de ninguna garantía, que eso no afectaba ninguna garantía no le queda mas remedio que dictar la sentencia correspondiente, porque ha habido una aceptación de la responsabilidad. Esa misma idea, ese mismo desarrollo trasladado a este caso, cómo puede ser entendido que si en un preacuerdo el fiscal consigna en el acta que solicita al juez, esa solicitud pueda ser entendida por el juez como que se deja a su arbitrio que lo haga? No es que se deje a su arbitrio, es que ahí va implícito que el fiscal está de acuerdo con el sindicado y la defensa, y en esas condiciones debería dictar la sentencia, entonces, por esa razón, el segundo cargo que se formula acá es también un cargo de nulidad pero solicitando que se dicte sentencia de reemplazo, en donde la sentencia sea congruente con la acusación es decir, con lo que está en el preacuerdo, lo que equivale a decir que la sentencia se dicte concediendo la rebaja de la pena que ya la concedió el juez, sobre eso no hay objeción, la concedió por generosidad pero la concedió, que se aplique la pena mínima y que se conceda la prisión domiciliaria, esas son las peticiones que están consignadas en ésta demanda y que la defensa utiliza como argumento para solicitarle a la Sala que case la sentencia.”

3. A juicio del representante de la víctima, atendiendo a los planteamientos del Fiscal y de acuerdo con la propuesta que se hace en sede de casación, el preacuerdo debe mantenerse, porque un preacuerdo que se adopta entre un imputado y la Fiscalía en unos términos que no son entendidos correctamente por el juez al asignarle unos efectos totalmente diferentes, como por ejemplo, no aplicar el criterio de la pena mínima, criterio

tradicional, y aplicar los cuartos, no atender la petición de prisión domiciliaria, tiene que ser armonizado por parte de la Corte Suprema de Justicia sin necesidad de llegar al remedio extremo de la nulidad, dado que el acuerdo al que arribaron las partes es una acusación correctamente formulada. Bajo esa consideración, estima que el preacuerdo debe preservarse y que se subsane la incongruencia que plantea el señor juez al actuar con cierta liberalidad sin atenerse al mismo. Empero, si se llegare a conceder la prisión domiciliaria por la petición que es ley del preacuerdo, solicita se tenga en cuenta también algunos efectos de la reparación, pues ésta fue fruto de una conciliación dentro del respectivo incidente, y en esas condiciones se acordó una suma determinada, acuerdo conciliatorio que aún no ha sido cumplido a cabalidad por el señor acusado; bajo esos presupuestos, solicita a la Corte se tenga en cuenta el preacuerdo y se dicte la sentencia armonizándola con el preacuerdo, de tal manera que se deje sin efecto la labor discrecional que asumió el señor juez y que fue acogida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. No existiendo discusión en ese sentido sobre la responsabilidad penal, dice no oponerse a la petición que hizo la Fiscalía y la subsidiaria que planteó la defensa del Dr. ALARIO.

4. Por último, el Procurador Delegado en su intervención recuerda que por los hechos suficientemente conocidos en esta audiencia, el procesado Álvaro Ignacio Alario Montero llegó efectivamente a un preacuerdo con la Fiscalía sobre la imputación y sus consecuencias, que tras su presentación como escrito de acusación y aprobación por parte del juez del conocimiento, determinó la condena que ahora tanto la Fiscalía como el defensor reprochan en sede del extraordinario recurso.

Se debe empezar por aclarar -aduce el Ministerio Público-que aquí no se discute la aplicación del sistema de cuartos en la dosificación o individualización de la pena. Ninguna de las demandas alega la violación directa por indebida aplicación del Art. 3 de la Ley 890 de 1904 por medio de la cual se adicionó el Art.61 del C. P.; y no podía ser de otra manera, porque el Tribunal Superior de Bogotá como sentenciador de segunda

instancia consideró que el sistema de cuartos no era aplicable cuando se estaba frente a la existencia de un acuerdo y expresamente lo desechó, sólo que mantuvo el incremento de la pena de 2 años respecto del delito que consideró de mayor gravedad, pero por otros criterios, como fueron, el de la preparación ponderada del delito, el dolo y la gravedad del comportamiento mismo.

Entonces, los 2 años que se incrementaron por encima de la pena mínima que correspondía con el del delito de extorsión, no obedeció al sistema de cuartos, porque, como se sabe, la sentencia de segunda instancia lo desechó y la sentencia de segunda grado es la que es susceptible del recurso de casación.

La discusión pues, no se centra en la aplicación del sistema de cuartos sino que el objeto de discusión lo constituye exclusivamente el acuerdo y su eventual incumplimiento.

La Fiscalía, alegando su interés de hacer honor a lo pactado con el acusado recurre en casación la sentencia, a la que denuncia de haber incurrido en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso 4° del Art. 351 de la Ley 906 que le otorga a los preacuerdos suscritos entre el acusado, el imputado y la Fiscalía, un carácter vinculante para el juez.

Es de pacífica aceptación que el motivo de casación por violación directa se refiere a un mero examen de derecho, porque allí no se discuten los supuestos o las conclusiones del juzgador, solamente que no pretende de ninguna manera su modificación por el casacionista, sino que única y exclusivamente se pretende por la aplicación de la ley. No lo pone de manifiesto el señor fiscal, pero es preciso entender que la violación directa de la ley de carácter sustancial por falta de aplicación, habría obedecido a un error de hermenéutica en relación con la forma o manifestaciones del acuerdo al cual se refiere la norma que se denuncia por falta de aplicación.

En efecto, censura la Fiscalía al Tribunal, cómo para éste el pacto siempre debe tener una certificación documentaria, es decir, debe siempre constar por escrito claramente indicado y precisamente estipulado, mientras que la Fiscalía entiende que mediante una interpretación armónica y ponderada de los artículos 351 y 477 de la Ley 906 2004, el pacto no se circunscribe solamente al escrito sino que también en la oportunidad que tiene la Fiscalía para referirse sobre la determinación concreta de la pena en la audiencia de individualización de la misma, esa solicitud de la sanción imponible constituye también una manifestación del acuerdo. "Por esta razón y porque entiendo que el cargo de violación directa se plantea es en los términos cuyo origen primigenio es una errada interpretación, cuando la demanda expresamente dice que se equivocó el Tribunal porque expresó que ningún pacto se materializó con referencia con la pena imponible, y el casacionista parte del supuesto contrario, es decir que sí hubo pacto, ello obedece precisamente o es un corolario obligado o una consecuencia necesaria del error de interpretación y no porque haya incurrido en un desarrollo inadecuado de la violación directa, donde no se discuten los hechos ni las conclusiones del Tribunal; se opone pues la Fiscalía al Tribunal en cuanto porque uno sostiene que sí hubo acuerdo y el otro sostiene que no hubo acuerdo, pero ello, repito, obedece a la interpretación que uno y otro tienen en relación con lo que se debe entender, cuál es el contenido y cuál es la forma y la manifestación del acuerdo."

El asistente judicial del imputado por su lado, también centra su argumentación en el acuerdo y su carácter vinculante para el juez del conocimiento, sólo que en su caso cuestiona de un lado la validez del acuerdo, y de otro extremo el incumplimiento de su contenido. Así las cosas, presenta dos cargos, ambos de nulidad, el segundo subsidiario con relación del primero.

Bien se sabe, que las irregularidades sustanciales que afectan los pilares o la estructura básica del proceso o las garantías fundamentales que la Constitución le brinda a todo procesado, todas se deben plantear pero con el carácter de principales, pues entre ellas

no cabe la relación de subsidiariedad, solamente que en su presentación se debe obedecer un orden sucesivo o de prioridad planteando la que mayor cobertura de nulidad tiene en primer orden, respecto de las otras. En este caso, nada obstaba para que se planteara la nulidad del preacuerdo a partir de ese momento, en primer orden, y en segundo extremo la de la nulidad de la sentencia; pero entiende el Ministerio Público que la razón del planteamiento de la defensa, es decir, en primer lugar aquella que comprende la nulidad misma del pacto a partir de ese momento, y la segunda que comprende solamente la nulidad de la sentencia para que se dicte fallo de sustitución, es para no incurrir en violación a una ley del pensamiento conocido como de no contradicción, porque es evidente que entre el primero y el segundo cargo, uno niega lo que el otro afirma, o uno afirma lo que el otro niega.

En efecto, en el primero de los cargos se considera que se violó el debido proceso porque el acuerdo no fue claro, fue confuso, y esa anfibología incluso determinó que el juez decidiera en contra de la voluntad de las partes; mientras que, en el segundo cargo, por contraste anuncia que los sentenciadores efectivamente se equivocan cuando consideran que la prisión domiciliaria no formó parte del acuerdo, porque era claro que sí está expresamente consignado en él.

Entonces, frente a la confusión que se plantea en el primer cargo, y en el segundo que allí sí estaba expresamente consignada la prisión domiciliaria, para efecto de no incurrir en contradicción es preciso entender que se plantea con el carácter de subsidiario el cargo y no todos como principales de acuerdo a la mayor cobertura invalidante.

Pero la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria se negó por el sentenciador, tanto porque consideró que no había sido parte del acuerdo, como por dos razones de estricto orden legal. El Tribunal Superior en primer término no hizo ningún reparo a la consideración del Juzgado Especializado de negar la prisión domiciliaria

porque consideró que no se reunían los requisitos que el Art. 38 del C. P. exige en un tal evento, habida consideración de que la extorsión agravada así sea tentada tenía una pena superior a los 5 años; esa fue la razón de estricto orden legal que alegó el Juzgado Especializado para negar la prisión domiciliaria. No hizo ningún reparo el Tribunal a esa consideración del Juzgado, repite, y ésta corporación colegiada únicamente se limitó a sumar dos razones más, primero, que no existió un preacuerdo sobre tal aspecto, y que no podía ser susceptible de un acuerdo porque la prisión domiciliaria era un beneficio o un derecho que debía reconocer el juez porque era de su exclusiva competencia o facultad; y segundo, porque estaba expresamente prohibido por el Art.11 de la ley 733 de 2002.

Dos razones, entonces, invocaron los sentenciadores para negar la prisión domiciliaria; la del Art. 38 en cuanto debía cumplirse con todos sus requisitos; y el Tribunal sumó la prohibición que establece el Art. 11 de la Ley 733 de 2002 respecto a los delitos de extorsión.

El recurrente simplemente sostiene, sin un desarrollo adecuado, que la pretensión punitiva comprende no sólo el tiempo de duración de la pena sino también su forma de ejecución, sea intramural o domiciliaria, igualmente que la prisión domiciliaria no tiene límite punitivo con la vigencia de la Ley 906 de 2004, y por último que ya no rige la Ley 733 de 2002. En virtud de lo anterior, alega que las razones que adujo el juzgador para denegar el acuerdo sobre la prisión domiciliaria no estaban ajustadas a derecho y, en esa forma, la sentencia incurre en vicio de nulidad por ser incongruente con la acusación.

Sin embargo, el letrado de la defensa omite dar las razones por las cuales afirma tan categóricamente que la Ley 733 de 2002 ya no rige, y así mismo que la Ley 906 impide la vigencia del Art. 38 del C. P.; porque los delitos que se tramitan de acuerdo con el nuevo código de procedimiento, no deben atenerse al requisito establecido en el Art. 38 del C. P.

para efecto de conceder o negar la prisión domiciliaria.

Se debe decir entonces, que en relación con la vigencia de la Ley 733 no es posible que se alegue su insubsistencia por incompatibilidad con una norma posterior o disposiciones especiales posteriores al tenor de lo dispuesto en el Art. 3° de la Ley 153 de 1987, en virtud de que la Ley 906 comenzó a aplicarse de forma gradual, lo cual no posibilita la derogatoria tácita de una ley anterior. La derogatoria expresa, tácita u orgánica debe comprender la totalidad del ordenamiento jurídico en todo el territorio nacional y no solamente en formas parciales para algunos distritos judiciales; sin embargo -advierte-, como ya tuvo la oportunidad en pasada ocasión de exponerlo ante la Corte, si bien entre la Ley 733 de 2002 y la Ley 906 de 2004 existe una coexistencia de vigencia de leyes, no resultaba de ningún modo arriesgado afirmar que la prohibición del Art.11 de la Ley 733 no era aplicable a los procesos que se tramitan de acuerdo con el sistema acusatorio, en virtud de que se convertiría en un abierto obstáculo para la política criminal de la celeridad y las negociaciones, y en esa ocasión se ahondó bastante sobre el tema, planteamientos a los cuales dice remitirse.

En ese orden de ideas, entiende el Delegado que la prisión domiciliaria como sustituta de la de prisión no estaría excluida de los delitos que se siguen por el trámite de la Ley 906 de 2004 y, sólo restaría, a mayor abundamiento, determinar en esta ocasión como punto de discusión, si también están excluidos los requisitos del Art. 38 del C. P. El mismo Tribunal Superior de Bogotá, que, repite, aquí no hizo ninguna objeción a la consideración del Juzgado Especializado cuando negó la prisión domiciliaria en virtud de que el Art. 38 lo impedía porque en este caso no se cumplían los requisitos allí establecidos, en una determinación diferente, en la sentencia del 24 de agosto de 2005 dictada dentro del radicado 200501173, consideró lo contrario, es decir, que para conceder la prisión domiciliaria no se requería acudir a los requisitos del Art. 38 porque éste contemplaba mayores exigencias que el Art. 314-1 al cual se remitía el Art. 461 de la Ley 906 de 2004. Allí, precisa el Tribunal, se hace alusión a los fines de la pena y no a los fines de la

detención domiciliaria, porque en dicho evento lo que se ventilaba era lo concerniente a la prisión domiciliaria.

Efectivamente, el Art.461 de la Ley 906 remite al Art.314 en cuanto establece la procedencia de la sustitución de la ejecución de la pena en los mismo casos de la sustitución de la detención preventiva, pero se podría objetar a la apreciación del Tribunal que los fines de la pena son absolutamente distintos a los fines de la detención preventiva. Bastaría recordar que los fines de la detención son simplemente para no entorpecer la investigación y asegurar la comparecencia del imputado, de tal modo que pueda cumplir con la pena carcelaria o la pena que se le imponga. En ese orden, no se pueden equiparar los fines de la detención domiciliaria con los fines de la prisión domiciliaria o de la pena que comprende aspectos de rehabilitación, de prevención general, de prevención especial, y todo lo que se ha escrito sobre el fundamento de una y de otra.

Por lo demás, agrega, no existiría ningún inconveniente y, de hecho, el principio de presunción de inocencia así lo dispone, sería lo ideal en un Estado Social y Democrático de Derecho que hasta tanto no se desvirtúe aquélla, el procesado o imputado pueda gozar de la libertad, incluso, no solamente de la prisión domiciliaria porque allí todavía se le debe tratar como un inocente, mientras que cuando se ha desvirtuado esa presunción de inocencia mediante una condena y se le ha declarado responsable de la delincuencia, pues allí se debe cumplir con otros fines distintos que son los fines de la pena para efectos de prevención especial, rehabilitación y prevención general o protección incluso de la colectividad.

Si bien la Corte ya se pronunció efectivamente sobre las menores exigencias que establece el Art. 314 de la nueva ley con respecto al Art. 38 del C. P., y por favorabilidad estableció que se debía aplicar el Art.314, allí solamente se refirió a la detención domiciliaria -al efecto cita los pronunciamientos pertinentes-, pero en ningún momento

esas consideraciones se han hecho extensivas a la prisión domiciliaria, por el contrario, se puede advertir que su pensamiento es totalmente diverso en cuanto bien cabe recordar que recientemente no aplicó por favorabilidad el Art. 314 en armonía con el 461 del estatuto procesal en un asunto donde se discutió el tema, y en dicha ocasión le negó al sentenciado la prisión domiciliaria, porque consideró que de acuerdo con el Art. 38-1 del C. P. de 2000, para que sea viable el mentado sustituto es menester que la pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos.

Así, la prisión domiciliaria se ha instituido no como una gracia o un beneficio que queda a la mera discrecionalidad del juez, sino como un derecho que se debe reconocer a todo imputado o sentenciado siempre y cuando se cumplan los requisitos objetivo y subjetivo establecidos en la ley sustancial.

En estas condiciones, si existiera una limitación de orden legal porque el delito de extorsión agravada tiene una pena superior a 5 años, ningún equívoco se le puede achacar a la sentencia o a los juzgadores porque le negaron la prisión domiciliaria al aquí procesado. El juez de conocimiento no es un convidado de piedra, sus funciones no pueden limitarse solamente a examinar si el acuerdo fue libre, espontáneo y sin ninguna presión o coacción del imputado. Si bien es cierto el juez del conocimiento no puede ejercer un control efectivo sobre la proporcionalidad de la pena en relación con el valor real del delito o del hecho cometido; y si de la misma manera no puede desconocer un preacuerdo por que considera que no es proporcional a la pena, sea por defecto o por exceso, sí tiene que ejercer un control legal y constitucional no solamente sobre las garantías fundamentales que se le hubieren violado al imputado, sino que también tiene que velar por la legalidad de la pena y hacer respetar el ordenamiento jurídico porque no puede permitir que un pacto o un acuerdo estén por encima de la ley.

Por esa razón, dice el Delegado que no estaría muy de acuerdo en que se piense que si hubiera sido objeto de un acuerdo por parte del fiscal la prisión domiciliaria, el juez no

tenía, dado el carácter obligatorio o vinculante de todo pacto, que aceptarlo sin ningún remedio, pues es él quien debe velar por la legalidad de la pena a fin de que no se violente el ordenamiento jurídico. Pero, tampoco cabe sostener que en esas condiciones, al advertir el juez que había una limitación de orden legal que impedía reconocer el acuerdo, sostener que se debía improbar el pacto celebrado entre ellos.

En resumen, la Fiscalía no fue a una negociación pensando que era un delito agravado sino que rehusó de esa agravante, readecuó la calificación del delito ya no como consumado, como fue la propuesta inicial de la Fiscalía en la audiencia preliminar, sino que pensó que era tentado, el delito agravado por la cuantía tiene un aumento o incremento de pena de una tercera parte a la mitad, por el grado de tentativa se le rebajó hasta la mitad de la pena, se le reconoció el máximo de la rebaja no obstante no haber colaborado en gran medida para la investigación y la implicación de los otros procesados.

Por consiguiente, por el lado de la rebaja de pena no se puede sostener ningún vicio en cuanto al acuerdo, porque el vicio sería irrelevante -como lo destacó la defensa- habida consideración de que finalmente se le reconoció el máximo de rebaja hasta la mitad, entonces no tendría ninguna relevancia para efectos de la casación en el evento de que hubiera sido un error.

En cuanto a la pena imponible y el allanamiento -puntos que se discuten ahora con mayor énfasis- la Procuraduría considera que sí había una limitación de orden legal; se sostiene que la Fiscalía adoptó a lo largo de todas las audiencias una actitud de que la voluntad de las partes fue desconocida por el juez. El escrito que contiene este acuerdo y que fue leído por la defensa, únicamente establece el compromiso de la Fiscalía de solicitar, sugerir, proponer al juez del conocimiento que en la medida que lo permitiera su competencia, su facultad o su discrecionalidad, le otorgara la prisión domiciliaria al imputado pero con la advertencia de que esa solicitud no era vinculante para el juez, y la

prueba de ello no es que el fiscal haya adoptado una actitud dependiendo de esa posición, porque en una de las audiencias -basta observar los archivos, los registros del video-, allí el fiscal dejó expresa constancia de que nunca el pacto había estado condicionado a que efectivamente se le otorgara la prisión domiciliaria, y la mayor prueba de que el fiscal piensa de que no se está vulnerando su voluntad es que en la casación que interpone la Fiscalía solamente se queja de la pena imponible y aboga por el mínimo, pero en ningún momento está planteando que el cumplimiento del pacto se llevara hasta el extremo de reconocer la prisión domiciliaria.

Luego, si la Fiscalía hubiese entendido que su voluntad le fue desconocida totalmente, a esta casación habría llegado implorando no solamente la pena mínima sino también la prisión domiciliaria. Se podría alegar, entonces, que el que está incumpliendo es el Fiscal porque se comprometió con el procesado a otorgarle unos beneficios o por lo menos a solicitarlos, y ahora en las audiencias sostiene que no estaba condicionado ese compromiso, el pacto, a que se concediera la prisión domiciliaria. Efectivamente es cierto que cuando el fiscal incumple un acuerdo, se vulneran o se socavan las bases de la renuncia a los derechos constitucionales del imputado implícita en su declaración de responsabilidad o culpabilidad. Pero, aquí, en ningún momento se puede decir que la Fiscalía desconoció su acuerdo.

Por medio de la reforma penal se implantó un nuevo sistema extraño a nuestra tradición jurídica, que apenas se encuentra en período de decantación, deja entrever la Delegada. Aquí, bien puede verse que fruto de la inexperiencia, de la incomprensión todavía de las figuras y de los fenómenos que estableció la nueva ley, por una errada interpretación o por una mala incomprensión, se llegó a que el acuerdo no reflejara lo que las partes en realidad querían. Sin embargo, es necesario advertir que el acuerdo en este caso fue producto de una voluntad libre y racional, máxime cuando además de la asistencia de un profesional competente, el imputado es un experimentado abogado profesional del derecho.

En resumen y conclusión, es necesario partir del hecho que el objeto de impugnación propuesto de la nulidad por anfibología del acuerdo, no podría prosperar, como tampoco que se dicte un fallo de sustitución para que la Sala conceda el beneficio de la prisión domiciliaria porque el acuerdo realmente no refleja esos términos. No necesariamente las partes están obligadas siempre y en todos los casos a establecer una negociación o un pacto sobre la prisión domiciliaria. La Fiscalía solamente se mostró siempre inconforme con la pena impuesta y solicitó la pena mínima, por eso, a lo sumo, se puede casar la sentencia para que se le reconozca la pena no de 4 años -como solicita el Sr. Fiscal- sino de 5, porque los 2 años se incrementaron sobre el delito más grave de extorsión que daba 8, y 2, fueron 10, más 2 que se aumentó por el concurso, fueron 12, que dividido entre 2, daba 6. Entonces, aquí si se le reduce de 6 un solo año, sería lo que se pretende de los dos sobre el primer delito, lo que daría una pena de 5 años. Esto, en atención a lo previsto en el Art. 370 del C. P. P. en cuanto que el juez no puede imponer una pena superior a la que pida el fiscal. Si el fiscal aquí pidió la pena mínima, pues es obvio que se case la sentencia recurrida, pero que a ello no se llegue a efecto de conceder la prisión domiciliaria, concluye el agente del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. 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 dimanaba 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, inmediación 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.”¹

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.²

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 inmediación 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 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.

Establece la nueva normatividad procesal penal, que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación, obtenido el cual, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación -lo que comporta una rebaja "hasta de la mitad de la pena imponible"-, bien porque el imputado se declare culpable del delito que se le endilga; o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; o, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena -Arts. 350 y 351-; también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, y si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo -Art. 351, inc. 2º-. Además, 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 la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación -Art.351, inc. 3°-.

También proceden los preacuerdos una vez presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad -Art. 352-, caso en el cual la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Finalmente, estos preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales. Aprobados los mismos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente -Art. 351, inc. 5°-. Y, 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-.3

Ahora bien, 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 (...)” 4

En punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ya la Sala tuvo oportunidad de precisarlo cuando a propósito del tema expresó:

“(...) 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, sólo que en este caso ésta podrá rehusar los preacuerdos y ‘acudir a las vías judiciales pertinentes’ según lo prevé el inciso final del artículo en mención.”5

2. El caso concreto

A través de dos vías distintas, la de la nulidad y la de la violación directa de la ley sustancial, los demandantes plantean una misma solución que como pretensión casacional formulan en sus respectivos libelos, a efecto de que la Corte profiera fallo de sustitución -por lo menos una de las censuras de la defensa específicamente apunta en esa dirección, como también la del Delegado de la Fiscalía- por cuyo medio se corrija el yerro en el que supuestamente incurrieron los sentenciadores al desbordar

el marco de la acusación en términos tales que, según se denuncia, resultaron suplantando la voluntad de las partes en virtud de la culpabilidad preacordada a la que arribaron fiscal e imputado.

2.1. Por metodología, La Corte abordará en primer término el estudio de la demanda del defensor del acusado, como quiera que de prosperar uno cualquiera de los reproches que formula al amparo de la causal segunda de casación, no habría lugar al examen de los restantes.

2.1.1. Invalidación de la actuación procesal a partir del momento en que se aprobó el preacuerdo celebrado entre el funcionario delegado para este asunto por la Fiscalía General de la Nación y su asistido, es el fundamento de este primer reparo, en cuanto el defensor considera que el juez no debió aceptar los términos de un acuerdo “evidentemente anfibológico” en la medida en que para el fiscal el convenio reflejaba una cosa, el imputado y su representante judicial entendieron que lo consignado en el acta pertinente era la pretensión a la que aspiraban, en tanto que para el juez terminó significando algo muy distinto, lo cual quiere decir que no existió claridad acerca de lo realmente acordado, situación que bien pudo apreciarse en la audiencia que se convocó para aquellos efectos.

Ciertamente, con el entendimiento de que a cambio de la admisión de su responsabilidad en relación con los injustos endilgados por la Fiscalía -tentativa de extorsión y falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso- se le otorgarían como beneficios al implicado la imposición de la pena mínima, la rebaja de la mitad de ésta y la concesión de la prisión domiciliaria, el sindicado y su defensor acudieron a la audiencia para que el juez le impartiera aprobación al acuerdo en los términos en que creyeron se había convenido y proferiera la correspondiente sentencia y, con tal convencimiento, luego de que se le dio lectura al acta en que se consignó lo preacordado, en el momento en que se les inquirió acerca de si lo que constaba en el

escrito era lo realmente pactado, manifestaron su asentimiento, no sin antes advertir el imputado que se le diera cumplimiento a los compromisos adquiridos.

Sin embargo, como el juez estimó que en relación con la pena imponible nada en concreto se estipuló, para la tasación de la respectiva sanción decidió acudir al sistema de cuartos, y dosificado su monto, procedió a establecer la rebaja pertinente, procedimiento en cuyo desarrollo el sentenciador admitió la confusión en que incurrieron las partes en la producción del acta de preacuerdo, en la medida en que no supieron precisar los términos del mismo; no obstante su perplejidad, el juez reconoció que la voluntad del Fiscal y el imputado no fue otra que la de pactar la rebaja de la mitad de la pena, que aunque no expresado con concreción, por generosidad accedía a su reducción en dicha proporción.

Luego, entonces, por resultar incongruente la sentencia con el escrito de acusación que en este caso lo constituye el acta de preacuerdo, a la cual el juez le dio su propia lectura “pasando por encima de la voluntad de las partes” que lo produjeron, el defensor estima que la aprobación de un tal pacto concebido de manera imprecisa, falto de claridad, violenta el debido proceso por desquiciar su estructura, razón suficiente para que se decrete la nulidad invocada a partir de la aprobación del susodicho acuerdo, a efecto de que se rehaga el trámite y dentro del mismo el fiscal y el imputado subsanen las imprecisiones de las que se ha hecho mérito.

Pues bien, aunque la causal seleccionada para sustentar la censura es la correcta, como seguidamente se verá, sin embargo la solución propuesta por el defensor no se aviene a lo que la jurisprudencia de la Sala tiene establecido para enmendar en estos eventos el vicio denunciado.

En efecto, cuando el juzgador profiere una sentencia desatendiendo los parámetros de la acusación, ignora las reglas inherentes al debido proceso, lo cual conlleva al

desquiciamiento de su estructura básica; ello implica tener que acudir a la causal segunda en demanda del restablecimiento de la garantía menoscabada. Dicho motivo de casación en el actual estatuto procesal penal guarda correspondencia con el de nulidad regulado en la legislación anterior, porque “el desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes” comprende las tradicionales causas de invalidación, toda vez que la violación del “derecho a la defensa” es el desconocimiento “de la garantía debida” al procesado.⁶

En materia penal -tiene dicho la Corte- el principio de congruencia se ha definido como la adecuada relación de conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia, siendo la acusación el marco referente, y el fallo el marco referido.

El proceso penal tiene una estructura formal y una estructura conceptual. La formal guarda relación con el conjunto de actos que lo integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógico-jurídica, y la conceptual con la definición progresiva y vinculante de su objeto. El principio de congruencia es expresión de esta última, y el acto por antonomasia definidor del mismo en sus ámbitos personal, material y jurídico, es la resolución de acusación.⁷ La falta de identidad sobre alguno de ellos, genera lesiones a las garantías del debido proceso y de la defensa.

Esa es la noción que de la consonancia ha venido manejando de manera inveterada la jurisprudencia de la Sala, empero, hoy, bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004 y dentro del marco de los preacuerdos y negociaciones de la Fiscalía con el imputado o acusado, dicho concepto ha de extenderse a lo que, no hallándose al margen del ordenamiento, ha sido objeto del convenio determinante de una culpabilidad preacordada, pacto que bien puede versar “sobre los hechos imputados y sus consecuencias” -Art. 351, inciso 2º-, valga decir, modalidad delictiva, punibilidad,

ejecución de la pena y reparación a las víctimas; acuerdo que, en últimas, debe presentar el fiscal al juez como escrito de acusación.

Por manera que, para determinar si existe incongruencia, es menester realizar una confrontación entre los contenidos de la acusación -acta de acuerdo- y los de la sentencia, a efecto de establecer si la última desborda los parámetros de la primera, en tanto aquélla constituye su marco de referencia y límite de la decisión que, conforme a lo preacordado, propende por la culminación del proceso de manera abreviada.

Así, el origen del vicio puede estar en un equivocado entendimiento del acto acusatorio en la medida en que el juzgador va más allá de la frontera demarcada por la acusación, en este caso, se insiste, el acta de preacuerdo.

Es lo que aquí ha ocurrido, pues el juez de conocimiento desde el acto de individualización de la pena vislumbró a través de las expresas manifestaciones de las partes y del propio agente del Ministerio Público, que lo convenido no era, en puridad de verdad, lo que reflejaba el acta de acuerdo, ya que no empece los términos de la solicitud allí plasmados acerca de que para la correspondiente dosificación se partiera de los mínimos, lo que en realidad se quiso expresar fue que se impusiera el mínimo de la sanción. Sin embargo, aduciendo la falta de concreción respecto del monto de la pena, dijo el Juez Especializado contar con la facultad para, motu proprio, graduarla, como en efecto así procedió al acudir al sistema de cuartos; y si bien el Tribunal desechó este método, refrendó el criterio del A-Quo de incrementar en dos años la sanción mínima deducida, “dada la gravedad del comportamiento, el dolo y la preparación para su ejecución.”

Aún más, al tocar el tema de la rebaja, el sentenciador de primera instancia admitió que las partes habían incurrido en una confusión, quizás por una errada interpretación de la norma - así quedó registrado en el video contentivo del desarrollo de la audiencia-, en cuanto no

supieron expresar con claridad la reducción punitiva a la que se aspiraba, no obstante lo cual entendía que la voluntad de los actores apuntaba a que se concediera al acusado la reducción de la pena en la mitad, como finalmente así lo reconoció por motivos de “generosidad”.

Resulta inexplicable que no empece la ausencia de claridad de los términos en los que se redactó el acuerdo de la cual se queja el juzgador, termine por inferir la real voluntad de las partes en relación con uno de los aspectos determinantes del pacto y lo acepte accediendo a la pretensión -la rebaja de la pena en la mitad-, en tanto que para negar la otra -imposición de la pena mínima- aduzca su falta de concreción. Tanto es así, que por esta razón el representante de la Fiscalía apeló la sentencia de primer grado, como paladinamente lo reconoce el Tribunal al referirse a los argumentos de la impugnación del recurrente en mención, motivo de inconformidad en el cual centra igualmente su ataque en sede de casación.

Surge patente, entonces, el yerro denunciado, pues desentrañado el objeto material del acuerdo, desatender su espíritu es, ni más ni menos, contrariar la voluntad de las partes, por lo que proferir sentencia en contravía de lo pactado por el Fiscal con el imputado y su defensor, específicamente la imposición de la pena mínima, equivale a emitir un fallo desbordando el marco de la acusación, pliego de cargos que en este caso, se repite, lo constituye el acta de preacuerdo. No se trata de una determinación de extrema laxitud, sino de la necesidad de acompasar el nuevo sistema penal en su contenido sustancial al principio rector que lo inspira, el respeto por la dignidad humana -Arts. 1º, 5º, 7º y 10º-.

La consecuencia jurídica que se deriva de una violación de tal índole no es, sin embargo, la invalidación de la actuación para retrotraerla al momento procesal en el cual tuvo su origen el vicio, como lo propone el demandante, como quiera que no se planteó, y menos se demostró, que el yerro denunciado haya incidido en los juicios de tipicidad,

antijuridicidad o culpabilidad de los hechos por los cuales libre, consciente y voluntariamente se declaró responsable el acusado. Lo que se impone es tener de presente el marco de la acusación, y ello se logra ajustando el fallo a los términos del acuerdo, es decir, a las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo; dicho de otra manera, a la acusación.

2.1.2. No obstante lo anterior, como el casacionista partiendo de las premisas sentadas en el primer reparo acerca de la inconsonancia de la sentencia con la acusación en lo relativo a la mensuración de la pena, aduce como fundamento del cargo segundo que los efectos de un tal error se tradujeron en la negativa en concederle a su defendido el sustituto de la prisión domiciliaria, vicio que por haberse originado en la sentencia es menester enmendarlo profiriendo el correspondiente fallo de reemplazo, conciliándolo con los términos de la manifestación de culpabilidad preacordada de la manera como se dejó visto con antelación, desde ya, anticipa la Sala, las pretensiones del actor encuentran eco parcialmente.

Sea lo primero advertir que no resultan ser totalmente ciertas las afirmaciones del demandante, en la medida en que, contrariamente al acuerdo que en relación con el factor de la punibilidad fluye de las expresas manifestaciones realizadas por las partes en la audiencia a la que ya se ha hecho referencia, conforme al registro fílmico que de la misma se hizo el 13 de julio de 2005 deviene evidente que el susodicho acuerdo no se condicionó al otorgamiento de la prisión domiciliaria.

En efecto, en su intervención en la mentada diligencia el Fiscal dejó expresa constancia acerca de que lo convenido con el imputado y su defensor fue que de acuerdo con los parámetros en que se diera la individualización de la pena, sugería al juez la posibilidad de valorar los presupuestos que dan lugar al otorgamiento de dicho sustituto, por lo que su concesión se libró a la discrecionalidad del funcionario. De otro modo dicho, sobre el punto no hubo acuerdo.

Entendida así la cuestión, no es que sobre tan particular aspecto el juzgador hubiese desconocido la voluntad de las partes, pues como con acierto lo destaca el Ministerio Público, el A-Quo denegó la prisión domiciliaria al reo por razones de estricto orden legal -el delito de extorsión así sea en grado de tentativa aparece pena de prisión superior a 5 años-, criterio este que el Tribunal refrendó, a lo cual sumó otros dos motivos, la falta de acuerdo sobre la concesión del mentado sustituto, amén de la expresa prohibición para otorgarlo respecto de delitos de aquella naturaleza conforme a lo normado en el Art. 11 de la Ley 733 de 2002, cuya vigencia esa Colegiatura no pone en duda. Por esa causa, la pretensión de la defensa es menester abordarla desde una óptica diferente a la tratada en los fallos de instancia, por lo que se volverá sobre el tema un poco más adelante, una vez establecido el monto punitivo al que se ha hecho acreedor el procesado por su ilícito proceder.

Como ya se ha anunciado, la Corte entrará a casar el fallo parcialmente para entrar a determinar la pena que debe purgar el acusado como consecuencia de su manifestación de culpabilidad preacordada, conforme a los términos indicados en precedencia.

3. Dosificación punitiva.

Como se dejó dicho, tomando en consideración la voluntad de las partes es preciso entrar a graduar la pena de manera tal que consulte el mínimo de la sanción imponible, conforme con la imputación hecha en la acusación a través del referido acuerdo, la cual se contrajo a las conductas punibles de extorsión agravada en grado de tentativa, en concurso con el de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso.

Atendiendo a lo normado en el Art. 31 del C. Penal para el concurso de conductas punibles en cuanto se precisa partir del delito que establezca la pena más grave según su naturaleza, mientras el delito de tentativa de extorsión agravada previsto en los Arts. 244

y 245-7 del C. Penal, en armonía con el Art. 27 ibidem, tal como quedó regulado en la Ley 733 de 2002, más el incremento ordenado por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, aparece una pena que oscila entre 8 y 32 años de prisión y multa de 1.500 a 4.500 s.m.l.m.v., la sanción para el de falsedad de particular en documento público agravada por el uso fluctúa entre 4 y 13,5 años de prisión, si se tiene en cuenta igualmente el aumento establecido en la citada Ley 890 de 2004.

Así las cosas, partiendo del mínimo establecido para el delito que contempla la penalidad más grave, que en este caso es el de extorsión tentada -8 años-, incrementado en 2 años en razón del concurso, como así lo dispusieron los juzgadores de instancia -10 años-, y este guarismo a su vez se reduce a la mitad como de igual manera se aceptó por virtud del acuerdo, la pena privativa de la libertad que le corresponde purgar al acusado es de 5 años de prisión. A este lapso, se ajustará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En cuanto a la pena pecuniaria, teniendo en cuenta que la conducta punible atentatoria de la fe pública no comporta esta clase de sanción, el mínimo de 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes establecido en este caso para el delito contra el patrimonio económico por el cual se procede, también debe rebajarse en la mitad en virtud de la manifestación de culpabilidad preacordada, por lo que la multa a imponer al procesado será de 750 s.m.l.m.v.

4. De los mecanismos sustitutivos de la pena.

4.1. Como por obvias razones ningún reproche se le hace a la sentencia impugnada en relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, implícitamente a la Corte se le releva de hacer consideración alguna sobre la materia; como que ni siquiera el factor objetivo de la punibilidad previsto en el Art. 63-1 del C. Penal para acceder a dicho subrogado se tiene por satisfecho.

4.2. En cuanto a la prisión domiciliaria, como con anterioridad se precisó, la manifestación de culpabilidad preacordada en este caso no quedó sujeta al otorgamiento del mentado sustituto, como expresamente así lo manifestó el Fiscal en su intervención en la audiencia convocada para la individualización de la pena y posterior emisión de la sentencia pertinente, lo cual se dejó a la entera discrecionalidad del juez de conocimiento, quien dado el quantum punitivo mínimo de uno de los delitos por los que se procedía -superior a 5 años- la denegó.

Sin embargo, para la Sala resulta imperioso hacer algunas precisiones sobre el tema, dado que el Tribunal al motivo que adujo el A-Quo, esgrimió otras razones, específicamente que el sustituto en cuestión “no puede ser parte de un preacuerdo con la fiscalía por ser aspecto del exclusivo resorte del juez en la sentencia”, amén de que, a su juicio, “frente al delito de extorsión está vigente la prohibición expresa del Art. 11 de la Ley 733 de 2002 al tenor de la cual no se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad”; en tanto que para el defensor, además de destacar la equivocación en que incurrieron los sentenciadores cuando consideraron que la prisión domiciliaria no fue objeto del acuerdo, en su criterio por tratarse de un hecho ocurrido bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004, la cual no fijó límite punitivo para su otorgamiento, frente al mismo la Ley 733 ya no rige por no encontrarse vigente.

4.2.1. En líneas precedentes, la Corte hizo claridad cómo en este asunto la culpabilidad preacordada entre la Fiscalía con el procesado y su defensor, no quedó sujeta al otorgamiento de la prisión domiciliaria al segundo. A esos argumentos se remite.

4.2.2. En cuanto a la vigencia de la restricción introducida por la Ley 733 en su Art.

11 por la naturaleza de algunos delitos, entre ellos el de extorsión, la Sala ya se pronunció al respecto, extendiendo su pronunciamiento a la posibilidad de que el mecanismo en cuestión pueda ser objeto de una negociación de aquella índole. Como ya se había anticipado en el introito de las consideraciones de esta providencia, en esa oportunidad dijo la Corte:

“(…) La Sala estima conveniente destacar ahora esta última tesis que apunta a la necesidad de una afirmación legislativa inequívoca respecto de las prohibiciones del artículo 11, para precisar justamente que esa exigencia, apenas mencionada en la sentencia de tutela transcrita, es la consecuencia obvia de la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento con la adopción de la institución de los preacuerdos, acuerdos y negociaciones.

“Un derecho premial, que admite pactar sobre todas las consecuencias de la aceptación de la imputación, 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 contrario colapsaría⁸

, no tolera exclusiones generalizadas como las consignadas en la Ley 733 del 2002, a menos que por razones de política criminal, pensadas y adoptadas dentro de esa nueva realidad, se haga expresa e inequívoca -se insiste- la voluntad legislativa de establecer algunas prohibiciones al régimen de negociaciones.

“Por lo tanto, si la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena pueden ser materia de convenio entre fiscalía e imputado y ese preacuerdo obliga al juez a menos que desconozca garantías fundamentales, que la nueva ley no hubiera establecido ninguna cortapisa implica que la prohibición para concederlas respecto de determinados delitos ha desaparecido.

“Lo dicho cobra más fuerza frente al subrogado, si se advierte que la institución fue regulada en los artículos 474 y 475 de la Ley 906 del 2004 y no se reprodujo la cláusula de exclusión de la Ley 733 del 2002.

“Con relación a la rebaja de pena por sentencia anticipada y por confesión, dado que la primera no guarda identidad con los acuerdos previstos en el nuevo estatuto procesal –como lo concluyó la Corte en las sentencias del 23 de agosto y 14 de diciembre del 2005, radicados 21.954 y 21.347, y la segunda no fue reproducida en el nuevo estatuto ni a la “aceptación por el imputado” a que alude el artículo 283 se le apareja ninguna consecuencia favorable para éste, debe concluirse que las prohibiciones comentadas han quedado insubsistentes.

“En síntesis, las prohibiciones contenidas en el artículo 11 de la Ley 733 del 2002 no son aplicables a los delitos de secuestro, extorsión, secuestro extorsivo, terrorismo y conexos cometidos a partir del 1º de enero del 2005 en los distritos en los que rige a plenitud la Ley 906 del 2004, por las siguientes razones:

“1. La reducción de pena por sentencia anticipada y por confesión, por insubsistencia de la norma en cuanto ninguna de las figuras aparece reproducida en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

“2. La libertad condicional, la redención de pena por trabajo o estudio y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por la derogatoria tácita originada en virtud de la expedición de las Leyes 890 y 906 del 2004, en las que se regulan o se hace referencia a esos institutos, sin establecer prohibiciones en razón de la naturaleza del delito cometido.

“3. Respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, la posibilidad de ser acordadas a través de las negociaciones que realicen fiscalía e imputado, convenios que obligan al juez excepto si son lesivos de las garantías fundamentales, no admite exclusiones por la naturaleza del delito a menos que se

exprese en contrario una inequívoca voluntad legislativa manifestada a través de una ley que se expida en la nueva y transformada realidad del sistema procesal penal. Entre tanto, la prohibición deviene insubsistente.”⁹ -Se ha hecho énfasis-.

4.2.3. Ahora bien, como el defensor considera que la ley 906 de 2004 no fijó límite punitivo alguno como requisito de procedencia para la prisión domiciliaria, afirmación que, como lo advierte el Ministerio público, dejó huérfana de sustento, advierte la Sala frente a esta propuesta, que de ninguna manera la nueva normatividad procesal modificó el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 sobre ese instituto, pues una cosa es la detención domiciliaria, que procede en el trámite del proceso, y otra, muy distinta, la prisión domiciliaria que procede para la ejecución de la pena.

Es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, la detención domiciliaria no exige límite punitivo, como está consagrado en el artículo 314, norma que en verdad tiene efectos sustanciales favorables en la regulación de este específico instituto, como lo reconoció la Sala en proveído del 4 de mayo de 2005, Rdo. 23.567.

Este trato benévolo se entiende porque en la filosofía del sistema oral acusatorio el querer del legislador fue restringir el cumplimiento de la detención bajo el régimen carcelario, para privilegiar, de manera general, un régimen que no esté sujeto a la severidad de la reclusión intramural, la que tendrá lugar únicamente cuando se considere necesario para los fines estrictamente señalados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Pero, esa regla general que rige en el trámite procesal no puede extenderse a los casos donde el Estado después de destronar la presunción de inocencia, condena al cumplimiento de una pena privativa de la libertad, porque en tales eventos la aplicación de la medida debe responder a otros fines distintos a los señalados en el referido precepto instrumental, que no son otros que los fines específicos de la pena establecidos

en el artículo 4º del Código Penal -Ley 599 de 2000-.

La observancia de esos fines en la aplicación de la pena, necesariamente deben armonizarse con las exigencias legales establecidas en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 para la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, además de su requisito objetivo.

Es decir, en la sistemática del nuevo Código Procesal Penal, la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, aquellos señalados en el citado artículo 314, distintos a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión, por lo que no puede entenderse reformado el artículo 38 del Código Penal por el citado artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Así, resulta imperioso entonces recordar el pronunciamiento de la Sala relacionado con el alcance de la expresión “conducta punible” inserta en el Art. 38-1 del C. Penal, al fijar el condicionamiento objetivo para la procedencia de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros o carcelaria, tema ampliamente discutido, entre otras decisiones, en las casaciones de 11 de febrero de 2004, Rad. 20.945; de 15 de septiembre de 2004, Rad.19.948; y 13 de abril de 2005, Rdo. 21.734; así como en sentencia de única instancia de 29 de junio de 2005.

“Las conclusiones a las que llegó la Corte en estas decisiones, son en síntesis las siguientes: (1) que la sanción a tener en cuenta no es la aplicable al procesado en el caso concreto, sino la prevista de manera abstracta para la conducta punible en el tipo penal respectivo; (2) que por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian, y que modifican los extremos punitivos establecidos en la norma; y (3) que las circunstancias que sean tenidas en cuenta para incrementar la pena, deben haber sido imputadas en la resolución de

acusación.

“En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y complicidad), las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal).

“En cambio, quedan por fuera todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya concurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, como por ejemplo la confesión, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada, o la retractación en el falso testimonio.

“En síntesis, por conducta punible para efectos de lo dispuesto en el artículo 38 numeral 1° del Código Penal, ha de entenderse la conducta propiamente dicha, con las circunstancias modales, temporales o espaciales que la califican o privilegian, o que de alguna manera los especifican, cuya concurrencia tiene la virtualidad de incidir en el ámbito de movilidad punitivo previsto por el legislador, en cuanto determina la variación de sus extremos mínimo y máximo, como ocurre con los dispositivos amplificadores del tipo, la atenuante de la ira o intenso dolor, y demás hipótesis relacionadas a manera de ejemplo.”¹⁰

En el asunto a examen, uno de los delitos por los que se procede -extorsión agravada imperfecta- tiene señalada en abstracto pena mínima de 8 años de prisión, tal como se dejó reseñado en el acápite de la dosificación punitiva, término que supera ampliamente el de 5 años establecido como tope para la procedencia de la prisión domiciliaria. Por consiguiente, la decisión del A-Quo de negar el pluricitado sustituto al acusado, ningún reparo merece.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CASAR parcialmente la sentencia impugnada, de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, para en su lugar fijar la pena que le corresponde purgar a ÁLVARO IGNACIO ALARIO MONTERO en razón del presente asunto, la privativa de la libertad en 5 años de prisión, y la pecuniaria en 750 s.m.l.m.v. a título de multa; e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la restrictiva de la libertad. En lo demás rige el fallo confutado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aclaración de voto

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Me pareció oportuno agregar a la decisión que en mi entender indiscutiblemente sí existió acuerdo fiscal-imputado (art. 351 inc. 1 cpp-2004) al consensuar allanamiento a los cargos siempre y cuando se impusiera el mínimo de pena, que implicaba para el juez empezar en el trabajo dosimétrico por la cantidad mínima que estipula el respectivo tipo penal y reconocer el máximo de atenuación registrado en la norma procesal: “hasta la mitad”, y sin que ello signifique “generosidad” del juez (págs. 18, 32 y, principalmente, 94). Y, en cuanto al sistema de cuartos, dígase que:

I

A partir de la vigencia del Acto Legislativo N° 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, en Colombia rige un sistema procesal penal de corte acusatorio que implicó una revolución copernicana en el procedimiento nacional, de suerte que el juicio de identidad de figuras antiguas con las consagradas en la nueva sistemática, no se puede hacer a través de la simplicidad de sus nombres o de su vigencia en otros contextos jurídicos bien distintos, además que la Corte Constitucional ha acogido por repetida vez la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en esta sucesión y/o coexistencia de sistemas procesales penales que vive el país, la favorabilidad sólo es viable cuando: I. La figura no fuere vertebral de la nueva sistemática, y II. Que las figuras en un juicio de comparación, resultaren idénticas¹¹, regla ésta que después el propio Tribunal

Constitucional altera al demandar simples afinidades conceptuales en el análisis comparativo de los dos institutos regulados en las normas legales en conflicto (sentencia anticipada, Ley 600 de 2000, y aceptación de cargos, Ley 906 de 2004)¹²:

“si se trata de supuestos de hecho análogo que presentan un tratamiento legal diverso, única metodología que permite establecer, en concreto, la procedencia de la favorabilidad”¹³.

II

RAZONABILIDAD DE UNA HERMENÉUTICA

1. Criterio histórico.-

1.1. En materia constitucional, Colombia ha recibido la influencia estructural en la formación de su conciencia jurídica¹⁴ de las teorías contractualistas de ARISTÓTELES, especialmente de su versión democrática alimentada a la vez por la teoría del consenso de LOCKE (“el origen de la sociedad política está supeditado al consenso de las personas para juntarse y organizar sociedad”) y la teoría del contrato social de ROUSSEAU¹⁵, además que la Carta de 1991, en busca de un modelo de organización política que convierta la democracia formal en más real, ha permitido que la democracia representativa se complemente con mecanismos de actividad ciudadana, base de la democracia participativa, y por eso, entre los fines del Estado, aparece (art. 2) el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”, que tiene como expresión magnífica la justicia por consenso a través de los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) y, en materia penal, además de la conciliación (arts. 103 inciso 3 y 522) y de la mediación (art. 523)¹⁶, la justicia premial o negociada que se soporta en criterios pragmáticos subyacentes a la tensión

existente en el proceso entre el poder estatal y la libertad individual, para que a través de la manifestación de conformidad del procesado en busca de alivio punitivo, se “descargue” la justicia penal y se agilicen los procesos con prevalencia de la categoría de proceso penal oportuno sobre la de proceso penal necesario.

1.2. El Código de P. Penal de ese mismo año (1991), acunó esa filosofía del consenso bajo la denominación de terminación anticipada del proceso (art. 37), desarrollado por las Circulares números 13 y 19 de 1993 dictadas por la Fiscalía General de la Nación, y que adelante la Ley 81 de 1993 modificó creando la sentencia anticipada, de gran parecido con el “juicio directísimo” italiano, para los casos de reconocimiento directo del imputado de los hechos, y la audiencia especial (art. 37 A) en la que se hablaba de negociación sobre tipicidad, grado de participación, forma de culpabilidad, circunstancias del delito, la pena, la ejecución condicional de la sentencia, con la posibilidad de preclusión por comportamientos menores, siempre y cuando hubiera duda sobre la existencia de alguno de estos extremos.

La Ley 365 de 1997 mantuvo las figuras, pero dictó algunas disposiciones comunes entre las cuales se decía que no se resolvería en la sentencia sobre la parte civil, aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 1998. Y, finalmente, la Ley 600 de 2000, que regiría a partir de 24 de julio de 2001, sólo consagró en su artículo 40 la sentencia anticipada y

“se eliminó la audiencia especial por ser una negociación fundamentada en la duda probatoria que desconocía el principio del in dubio pro reo, pues frente a su existencia lo procedente será la preclusión de la investigación”. Y,

1.3. En la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo que sería el número

03 de 2002, a través del cual se procuraba “la modificación del sistema judicial penal” por medio de “la implementación de un sistema de corte acusatorio”, se relacionó entre sus justificaciones la cabal aplicación del derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas con el bifronte fin de que el acusado accediera a un juicio justo dentro de un tiempo razonable y ante un tribunal independiente, y la sociedad supiera quién era el autor de la conducta punible y cuál la sanción que se le imponía, además de combatir los altos niveles de congestión del aparato judicial que tenían repercusión en el atraso de las decisiones judiciales que le debían poner término a los procesos penales con “seria amenaza a la calidad de justicia que se imparte”.

El derecho a juicio rápido, expedito y eficaz, o derecho subjetivo a obtener sentencia en un plazo razonable (arts. 29 y 228 Const. Pol.), aparece en el bloque de constitucionalidad de la manera que sigue: art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, opinión Consultiva OC-8/87 (considerando 24) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Así, entre los cambios propuestos y luego de referenciar a los modelos anglosajón y continental europeo¹⁷, se consagró como excepción al dominante principio de legalidad, el de oportunidad (art. 250 Const. Pol.), que ya se venía aplicando en “forma larvada ... como por ejemplo: las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, definitivamente, transacción o, bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial”, y cuya

“filosofía ... radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de la libertad, estimula la pronta reparación a la víctima, y se le

otorga gran oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible,”

figura global de la que se bifurcó: I, el principio de oportunidad propiamente dicho; y, II, los acuerdos tendientes a un “esfuerzo de pacificación”¹⁸ o a “activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito” (art. 348 cpp), coreando la tendencia globalizada que en Estados Unidos denominan plea bargaining, en Alemania absprache, en Italia patteggiamento y en España conformidad del procesado¹⁹.

Se argumentó, entonces, que un sistema procesal penal que no permita tener unos criterios de selectividad para el ejercicio de la acción penal y la terminación anticipada, está llamado al fracaso²⁰. Sus operadores deben estar conocidos de las bondades de la modalidad negociadora, que “es de su esencia y en ella radica buena parte de su eficacia” y “adhiera a su filosofía cuando propende por su mejor desarrollo, así como se opone a ella cuando obstaculiza, mal aplica o se muestra reticente y evasivo a la fructífera vigencia de los preacuerdos y negociaciones”²¹.

Los comisionados consignaron extensos elogios a la figura:

“Representan variadas perspectivas y anhelos hacia la inmediata satisfacción a la sociedad que espera la pronta solución de los casos penales; o, una oportuna reparación a la víctima que puede compensar la ausencia de mayores lucros con la certidumbre de respuestas inmediatas a su requerimientos e incorporación a su patrimonio de un bien o un valor distantes; o, descongestiona sensiblemente las oficinas de fiscales y jueces, quienes tienen ocasión de proceder de manera más celerosa en el pronunciamiento de sus decisiones, las cuales se mostrarán precisas y bien fundamentadas, pudiendo evacuar más procesos o dedicar su esfuerzo a situaciones más trascendentales o complicadas; con esto último forzosamente disminuyen responsabilidades extracontractuales del Estado por deficiencias en el servicio de

justicia; o, el procesado sabrá prestamente a qué atenerse, cómo reordenar su vida familiar o laboral y empezar de modo temprano a reconstruir su mundo de manera provechosa, alejando daños psíquicos o sociales o sinsabores inútiles; o humanizar de manera radical la actuación procesal y la penal, etc. Todos estos magníficos resultados se sintetizan e iluminan bajo el influjo de un derecho penal más contemporáneo y humanitario, que repudia el concepto de violencia institucionalizada en un mundo que, por lo convulsionado y enrarecido, tiende a esta no deseable afinidad”²².

Y también alertaron:

“Estas peculiaridades llevan al fiscal a ser parco en las concesiones o a ampliar el alcance de las mismas. Las especiales circunstancias de la conducta, sobre todo las que arrojan características delincuenciales de crecida nota que adviertan la insoslayable necesidad de un fallo de condena, deben conducir, de contarse con apropiados elementos probatorios de fácil exposición, comprensión y aceptación, a alejar los preacuerdos y la negociación o a reducir éstos a sus mínimos espacios”²³.

Es decir: el estatuto procesal penal recogió en sus entrañas para la mejor eficacia del expediente, el principio de oportunidad y “el sistema de preacuerdos y negociaciones (Título II del libro III cpp-2005)”²⁴, englobando estos últimos en su parte dogmática con el vocablo “acuerdo” (arts. 8-d, 10 inciso 4 y 354), y que llevó a precisar que

“el fiscal no debe perder de vista, en esto de formular propuestas serias, precisas, inteligibles y con vocación de aceptación, que la Ley 890 de 7 de julio de 2004, eliminó los cuartos de individualización de penas (art. 61 C. Penal), precisamente para hacer viable este propósito de seguridad, claridad, flexibilidad y acogimiento”²⁵.

Y como el estatuto dejó incierta la rebaja de pena cuando la admisión de cargos se hiciera en la audiencia de formulación de la imputación (arts. 288-3 y 351 inc. 1),

“la situación debe resolverse, para seguridad y justa retribución del procesado, mediante el preacuerdo y la negociación. El fiscal, entonces, cuantificará la pena que puede satisfacer la pretensión sancionatoria y la propondrá como preacuerdo o negociación (veáse inciso 1 artículo 350, inciso 4 artículo 351 e inciso 1 artículo 369, con intención corroborativa del predominio de las atribuciones del fiscal sobre el manejo de la pena: culpabilidad preacordada: “...la fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere”)²⁶.

2.- Criterio sistemático.-

La plenitud y la coherencia de las normas de variado nivel que adoptaron para Colombia un sistema de gestión procesal de perfil acusatorio²⁷, dicen que para su eficacia resulta indispensable que sea coherente, completo, económico y operativo, razones para que se implemente el derecho premial con el fin que la mayoría de procesos terminen sobre la marcha, criterio que desde 1993 se instauró a través de las figuras de la sentencia anticipada, caracterizada por la aceptación unilateral de los cargos imputados, y de audiencia especial, que requería acuerdo fiscal-imputado, a consecuencia de lo cual procedía una rebaja fija de pena dependiente del tracto procesal en que se hacía.

Adelante, en vigencia de la Ley 600 de 2000, la segunda figura desfalleció por las razones ya vistas, mientras que en la Ley 906 de 2004, acogiendo la política criminal del consenso, se estableció el género acuerdo con especies que distingue su artículo 351, frente a lo cual procede la siguiente precisión: si bien es cierto el allanamiento a los cargos puede iniciarse a iniciativa particular del imputado –como también procedía en la audiencia especial del artículo 37-A del cpp/1991-, enseguida se necesita del

consenso (bilateralidad) para fijar el “hasta” punitivo que amerita la aceptación y que, según la propia norma con un tenor claro (art. 27 ccc), debe ir a manera de “acuerdo” en el escrito de acusación que presentará el fiscal, fracción esta que de no ir, bien puede el juez de la causa exhortar a que se haga en trámite del artículo 447.

Es decir: el allanamiento de hoy es una figura mixta que tiene, en su parte inicial, la aceptación de los cargos de la sentencia anticipada y, enseguida, un acuerdo para fijar el “hasta” de pena que amerite la manifestación, que es característica en su bilateralidad de la audiencia especial, cuya iniciativa –como ahora, art. 293- es indiferente que corra a cuenta de la fiscalía o “del procesado, directamente o por conducto de su apoderado”, como lo consagraba el art. 37-A (audiencia especial) del cpp-91, además que el fiscal –trabajando de la mano de los moduladores de la actividad procesal, entre los que se destacan los de ponderación y de proporcionalidad (art. 27), del principio de objetividad (art. 115), de las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento-”, deberá tener muy presentes las finalidades (arts. 348) y la improcedencia (art. 349), que se traen como criterios rectores para ese específico Capítulo Único, Título II del Libro III del cpp-2004.

“Quienes hacen confluir los procedimientos abreviados con el sistema acusatorio fundamentan su argumento en el hecho de considerarlos corolario del mismo, toda vez que, de una parte, la contracción del procedimiento, la reducción de los costos procesales y, en general, la economía procesal, aparecen acentuados en dicho modelo, y, de otra, que estando caracterizado el sistema acusatorio por la bipartición de funciones procesales y la repartición del proceso en fases, la exigencia de garantías como la adquisición de la prueba en contradictorio ante un funcionario imparcial a quien compete exclusivamente la decisión, no garantizaría una aplicación de justicia en todos los casos. En otras palabras, la finalidad del proceso no puede ser aquella de

garantizar la celebración de un juicio con audiencia pública en la que se forme la prueba, pues el sistema fracasaría o, en palabras de algún autor, ‘... se arriesgaría la parálisis de la justicia donde se pretendiese llevar a fin cada caso procesal a la audiencia’, propósitos característicos de cualquier esquema procesal”²⁸.

3.- Criterio gramatical.-

La política criminal del consenso para apurar los trámites procesales fue establecida a nivel constitucional con las referencias expresas al sistema acusatorio (AL 03/02) y en la Ley 906 de 2004 de manera concreta, así:

3.1. En su parte dogmática o procesal.-

* En el artículo 8-d:

“Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: ... d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas”²⁹.

* En el artículo 10:

“Actuación procesal... El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes...”. Y,

* En el artículo 354:

“Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor”.

Esto implica que las distintas especies del género acuerdo (art. 351) requieren de la garantía a que no se utilice las conversaciones logradas en su trámite; que el juez las pueda autorizar todas; y, que todas las especies de acuerdo tengan que realizarse con la asistencia del defensor, además, que el artículo 3º de la Ley 890 de 2004, tan ligada en su vigencia gradual a la del sistema en general, prohíbe el sistema de cuartos “en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre fiscalía y defensa”, haciendo sencillamente un reenvío al Código de P. Penal en su Libro III, Título II llamado “Preacuerdos y negociaciones entre fiscalía y el imputado o acusado”, y en cuyo Capítulo Único, art. 351, recoge las “modalidades” de aceptación de cargos, preacuerdos y acuerdos.

3.2. Y, en su parte orgánica o procedimental.-

La Ley 906 de 2004 al señalar el rito progresivo de la actuación procesal ubica a la formulación de la imputación como la primera audiencia preliminar en la cual la fiscalía comunica a la persona, en presencia de su defensor, su calidad de imputado, activándose entonces en esta etapa preprocesal (art. 145) el derecho a la defensa (arts. 8 y 290); puede solicitar al juez de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda; y, en cuyo trámite

“el fiscal deberá expresar oralmente ... 3. Posibilidad del investigado a allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el art. 351”,

reenvío normativo que dice:

“Artículo 351. Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de la formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la

pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación³⁰,”

mientras que el artículo 283 enseña que:

“La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga”,

procedimiento (artículo 293) que puede ser:

“por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía (y), se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”,

como también se tramitaba en vigencia del artículo 37-A del cpp-1991, que regulaba la audiencia especial caracterizada por el “acuerdo” fiscal-imputado que se suscribía en “acta”:

“A partir de la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y hasta antes de que se cierre la investigación, el fiscal, de oficio o a iniciativa del procesado, directamente o por conducto de su apoderado, podrá disponer por una sola vez la celebración de una audiencia especial...”.

III

CONCLUSIONES

1.- La llamada por la Corte Constitucional “estrategia global de política criminal” del constituyente de 2002 y el legislador de 2004, no fue ciertamente la de festinar rebajas de penas elevando a la cifra fija de la mitad la mitigación por concepto de allanamiento y sin el aumento correspondiente del art. 14 de la Ley 890 de 2004, sino la de hacer llamativa la política criminal del consenso pero de tal manera que el bloque normativo

de los estatutos penal y procesal penal de 2000, y el de las Leyes 906 y 890 de 2004, resultaran equivalentes para hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad de trato frente a los delincuentes sancionados antes y después del 1º de enero de 2005, con la excepción de la llamada *lex tertia* y con la precisión que no siempre el sistema de cuartos para medir pena resulta más restrictivo que el anterior.

“la posibilidad de rebaja de la pena hasta en la mitad, consagrada en el inciso 1 del artículo 351 de la ley 906 de 2004, no corresponde a una intención del legislador de hacer más laxa la respuesta del Estado frente a la criminalidad. Está claro que se propuso como medio para ofrecer una alternativa seductora al procesado, para evitar que el juicio discurra por todas sus etapas, en el marco de un modelo que en términos de recursos económicos es mucho más costoso que el anterior no sólo por la infraestructura que requiere (salas de audiencia, equipos, etc.) sino esencialmente por el precio horas hombres que significa el desfile de elementos cognoscitivos frente al juez. Si hubiera querido imponer penas más benignas simplemente hubiese reformado el código penal en tal sentido, pero no, lo hizo para aumentar las penas y así dotar al código de procedimiento de una herramienta que diera como resultado que la mayoría de procesados prefiriera acogerse a la terminación anticipada del proceso, conforme a lo esbozado en precedencia. No en vano el incremento punitivo entraría a regir, coetáneamente con el nuevo sistema acusatorio. Pero el derecho premial no puede convertirse en una dádiva punitiva, so pretexto de aplicar el principio de favorabilidad. En el nuevo sistema acusatorio, la mayor rebaja por aceptación de cargos se justifica, por las razones anotadas, en el marco de una mayor sanción penal”³¹. Y,

2.- Desde cualquier clase de hermenéutica que se utilice, la figura antigua de la sentencia anticipada no encuentra similar en el estatuto procesal penal que varió radicalmente la sistemática procesal penal colombiana a partir de 2004: la figura que algunos hallan parecida, la del allanamiento a los cargos, no puede resultarle idéntica porque la iniciativa particular del imputado a la manifestación procesal

también se podía hacer en trámite de la audiencia especial (bilateral) reglada en el artículo 37-A del cpp-1991, tan distinta a aquella, que en complemento, tenía prevista por el legislador un porcentaje fijo de descuento punitivo, mientras que en el allanamiento de ahora, el claro artículo 351 inciso 1 cpp-2004 lo hace oscilante para que pueda ser acordado entre fiscal e imputado, consenso que deberá formar parte del escrito de acusación que presentará el fiscal y sobre el cual el juez de conocimiento, en un sistema acusatorio, sólo puede hacerle un juicio de control de garantías, y si es del caso, en la audiencia prevista en el art. 447, exhortar a las partes para que se pongan de acuerdo sobre el punto en búsqueda que lo sustancial supere la mera informalidad.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-646-01.

2 Darío Bazzani Montoya, La terminación anticipada del proceso por consenso y el principio de oportunidad, Pág. 253 a 256, Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-1260/05.

4 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.

5 Sentencia de casación del 14 de marzo de 2006, Rdo. 24.052.

6 Auto de casación del 24 de noviembre de 2005, Rdo. 24.530.

7 Sentencia de segunda instancia del 29 de septiembre de 2005, Rdo. 23.914.

8 En 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 Chief Justice 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”.

9 Sentencia de casación del 14 de marzo de 2006, Rdo. 24.052.

10 Sentencia de 31 de agosto de 2005, Rdo. 21.720.

11 CORTE CONSTITUCIONAL, Sents. C-592 de 2005, T-1211 de 2005 y T-091 de 2006. Así aplica esa Corte lo que ha llamado “teoría del derecho viviente”: la jurisprudencia de la Corte Suprema “resulta ser un referente de gran autoridad para evaluar con mayor precisión el alcance de las disposiciones sometidas al juicio de constitucionalidad. Es evidente que al acoger sus criterios, el órgano de control no sólo está reconociendo la importancia que tiene para el derecho la labor interpretativa y de unificación asignada a los organismos de cierre de las distintas jurisdicciones, sino además, rescatando el verdadero significado de la norma, esto es, su significado viviente o el que surge de su aplicación.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sents. C-901 de 2003 y C-557 de 2001.

12 En la Sent. T-1211 de 2005, se afirma que “la sentencia anticipada es similar al

preacuerdo" (pág. 20), además con un yerro complementario porque la comparación debe hacerse es con el allanamiento de los arts. 288-3 y 351 inciso 1 cpp-2004. "Lo anterior, con tanta mayor razón, cuanto observamos con sentimientos ambivalentes y con preocupación creciente el proceso que ha seguido la jurisprudencia sobre el Estado social: la primera Corte Constitucional de 1991-1992 se entregó, bajo el liderazgo de magistrados como el Dr. CIRO ANGARITA, con optimismo y entusiasmo febril, en los brazos del Estado social de derecho, en la intención de que la visión objetiva de los derechos fundamentales que le es propia, con su omnipresencia en el orden jurídico, y su privilegio de valor medial de la "eficacia", etc., permitieran una mayor actividad judicial en la realización de la justicia material (Sents. T-406 y T-587 de 1992). Entonces, con frases y giros de lenguaje que recuerdan a RONALD DWORKIN, se afirmaba, sin embargo, de manera categórica, cómo el interés particular, cuando está respaldado por un derecho fundamental, pone límites a la prevalencia del interés general (C-606 de 1992). Pero pasados apenas un par de años, ya en el seno de la segunda Corte, empiezan a surgir, a través del sopesamiento de valores y de principios, fórmulas jurisprudenciales de exaltación del Estado social que, no respetando la distinción necesaria entre los diversos ámbitos de regulación, afirman, sin reticencias, el primado puro y simple del interés general en materia de estados de excepción y de política punitiva (C-46 de 1996)". IVÁN OROZCO ABAD y otro, Los peligros..., ob. cit., págs. 6 y 7.

13 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-091 de 2006. Una cosa es que las figuras sean idénticas y otra que sean análogas, similares o equiparables (T-1211 de 2005), porque institutos jurídicos hay que se parecen mucho a otros, vr. gr: la sentencia anticipada y la audiencia especial de la Ley 81 de 1993, pero no son idénticas, como se reclamó en la C-592 de 2005: tampoco lo son la sentencia anticipada y la ira, así juntas las reconozca un funcionario judicial, su viabilidad se aplique al interior del proceso penal, deba alegarlas el procesado, se exija la presencia de defensor,

signifiquen rebaja punitiva, etc. Y, ¿cómo se hace para fijar el “hasta” que “para efectos de punibilidad” remite el art. 288-3 al 351 inciso 1 cpp-2004?. Ese “acuerdo” fiscal-imputado le quita la unilateralidad a la figura. Y, entonces, esa Corte legisla (pág. 23 Sent. T-091/06) al cercenarle a ese claro pasaje normativo (art. 27 CCC), la palabra “acuerdo”. BECCARÍA escribió que “la arbitrariedad se instala cuando el castigo no depende de la voz constante y fija de la ley sino de la errabunda inestabilidad de las interpretaciones”, que FERRAJOLI señala como característica de los modelos autoritarios y de derecho penal máximo que pretenden liberar al juez del principio de estricta legalidad. Derecho y razón: teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta 1998, págs. 33-40. Estos autores, reputados como progresistas y democráticos, “han defendido la estricta sujeción del juez a la ley, mientras que algunas tendencias autoritarias han abogado por una mayor creatividad judicial”. RODRIGO UPRIMNY YEPES y otro, Interpretación judicial, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, pág. 86.

14 Es la “teoría trasnacional del derecho”. DIEGO E. LÓPEZ MEDINA, Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Bogotá, Universidades Nacional y de Los Andes, Legis, 2004, pág. 116.

15 “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca sin embargo más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental, cuya solución da el contrato social.” JUAN JACOBO ROUSSEAU, El Contrato Social, Madrid, Edit. Campos, 1969, pág. 51.

16 “Han sido precisamente los victimólogos los que han impulsado la mediación como uno de los modos posibles de solución del conflicto entre la víctima y el victimario, y entre éste y la sociedad, que supone una recuperación del papel protagonista de la víctima, y posiblemente un instrumento eficaz para obtener la adecuada satisfacción de

sus intereses... al tiempo que es útil instrumento de reinserción social del delincuente”.

SILVIA BARONA VILAR, Seguridad, celeridad y justicia penal, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanc, 2004, pág. 265.

17 Sobre el punto ya se había escrito: “No cabe duda que uno de los temas de obligatoria referencia en el caso de la justicia penal autocompositiva, es el de la influencia del sistema penal anglosajón sobre los sistemas de derecho penal continental. Esta influencia no deja de ser conflictiva para los procesalistas más tradicionales, así como para quienes critican el sistema de administración de justicia por consenso, en virtud de las implicaciones filosóficas y jurídicas que tiene, el que el Estado de Derecho renuncie a su tarea de persecución penal. Pero por otra parte está la argumentación de quienes buscan una solución a los males crónicos de la administración de justicia y a la llamada crisis del principio de legalidad procesal.” ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal, Bogotá, Edit. Ibáñez, 1998, pág. 77. En el sub-modelo angloamericano, caracterizado por ser un sistema de partes (adversary system), la justicia negociada es más expedita, pero en el continental europeo, en el que prima el principio de oficiosidad o de legalidad, se le han hecho intercalamientos de caracteres desde el mundo de la praxis por medio de acuerdos informales (Alemania) y desde la legislación (España e Italia) a través de acuerdos fiscal-imputado que parten de la conformidad del procesado con las imputaciones para pedir al Tribunal que imponga una pena reducida hasta determinado porcentaje, figura conocida por la doctrina como “sistema de transacción penal procesal”.

18 En la Exposición de Motivos se hizo esta cita de BÍNDER: “La víctima ha sido cruelmente tratada en nuestro sistema de justicia penal, ha sido una excusa para montar todo un sistema judicial que en última instancia se fundamenta, se legitima, en que va a satisfacer el dolor a la víctima pero sin darle una verdadera satisfacción”. Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo, Bogotá, CEJ, 2002, pag. 181.

19 SILVIA BARONA VILAR, La conformidad en el proceso penal, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 1994; y, LUIS ALFREDO DE DIEGO DíEZ, La conformidad del acusado, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 1997, y Justicia criminal consensuada, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanc, 1999. “Una de las proyecciones más importantes y llamativas del sistema acusatorio allí donde se da en puridad, es la amplia posibilidad de realizar negociaciones entre el Ministerio Fiscal o la Policía y la defensa, tendentes a la terminación del proceso penal a través de una sentencia que queda consensuada dentro de las partes; de este modo se evita tanto el juicio oral y las dilaciones propias del proceso, como una decisión del órgano jurisdiccional no deseada por ninguno de los negociadores. La naturaleza jurídica de esta institución es la de una transacción, ya que el Ministerio Fiscal puede transigir sobre el derecho de penar del Estado; de este modo, se concibe como un negocio jurídico entre el fiscal y el acusado, basado en la disponibilidad de las partes sobre el proceso.” SALVADOR GUERRERO PALOMARES, El principio acusatorio, Edit. Aranzadi SA, 2005, pág. 114. El cpp-2004 eliminó la figura de la confesión porque, como lo dice el derecho comparado, existe identidad sustancial entre “conformidad del acusado” y la “confesión del procesado”. LUIS ALFREDO DE DIEGO DíEZ, La conformidad ..., ob. cit. pág. 52, además que la concurrencia de tanta rebaja punitiva e interpretaciones laxas, hace irrisorio, casi ridículo, el ejercicio de la acción penal. Cfr. Aclaración de voto a T-24.652, Mag. MAURO SOLARTE PORTILLA.

20 JAIME E. GRANADOS PEÑA, Una reforma estructural para modernizar el sistema de procedimiento penal colombiana, en Defensa constitucional de la justicia penal, T. I., Bogotá, CEJ, pág. 24. El derecho comparado, en búsqueda de la celeridad y eficiencia del sistema, ha acogido como instrumentos de aceleración: la despenalización de conductas, fijación de límites temporales de la instrucción y preparación del juicio oral, y potenciación de procedimientos breves, abreviados o

simplificados (juicio rápido) entre los que se cuenta la conformidad del acusado, exponente genuino de la justicia penal negociada, cuya novedad estriba “en haberla convertido en la pieza imprescindible para la “salud” de la justicia penal en su conjunto”. SILVIA BARONA VILAR, Seguridad..., ob. cit., págs. 122ss.

21 “No debe perderse de vista que los preacuerdos y negociaciones, bien entendidos y acertadamente ejecutados, procuran imprimirle rapidez al trámite de juzgamiento, sobre la base de un consenso justo, pudiéndose decir que si bien el procesado es el creador del conflicto también debe intervenir como parte decisiva de la solución”. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el cpp – arts. 348 a 354-, en Sistema penal acusatorio, Bogotá, F.G.N., 2005, págs. 69 ss.

22 “Los códigos penal y de procedimiento penal sólo deben mostrar su total dureza con el delincuente empedernido, feroz, recalcitrante y destructor de las bases esenciales de la sociedad. Para éste el debido proceso no marca, por ello, ninguna decadencia o merma de derechos, pero sí puede traducir menos flexibilidad y más restricción en el otorgamiento de los beneficios inherentes a los preacuerdos y negociaciones”. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Aproximación..., ob. cit., pág. 70.

23 GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Aproximación...ob. cit., pág. 72. En el Acta 40 del 27 de mayo de 2004, Comisión Primera del Senado, Gaceta No.378 de 2004, en cuyo trámite se aprobó el posteriormente art. 351 de la ley 906 de 2005, el Senador Andrés González Díaz, razonó: “Sí, se trata de lo siguiente, y vuelvo sobre mi reflexión, allí está contemplada una rebaja automática de la mitad de la pena por aceptar los cargos, claro que al haberse aumentado las penas en el Código Penal, pues habrá que aumentar los atractivos para que se produzca la aplicación del principio de oportunidad, pero me parece que una rebaja automática de la mitad, no cierto, más la aplicación de los subrogados penales que no se han modificado en el Código Penal, podría llevar a

que en ciertos casos y ya ustedes lo habrán seguramente estudiado, se produzcan penas irrisorias en delitos graves, entonces yo conservo esa inquietud propondría sin que piense que esa sea la solución ideal porque le corresponde más a ustedes haberlo analizado, propondría que esa rebaja sea hasta de la mitad, no de la mitad en forma automática, que en cada caso la Fiscalía verifique si hubo tal colaboración o si las pruebas eran tan débiles que el hecho de aceptar debe haber llevado hasta la mitad pero habrán otros casos en que pueda ser menor”.

24 “Pero a más de lo anterior, el fiscal no debe olvidar que ante la improcedencia del principio de oportunidad por no darse una de sus causales o reglas o porque específicamente se le excluye para algunos delitos, el preacuerdo y la negociación no exhiben estas limitantes y, como criterio abierto e inicial, no se dan conductas delictivas incompatibles con sus benéficos efectos, siempre que se manejen con ponderación, imparcialidad, rectitud, responsabilidad, conocimiento y equilibrio de intereses”. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Aproximación..., ob. cit., pág. 73.

25 “Por esto el fiscal debe partir, en la opción de preacuerdos y negociaciones, de una determinación personal de la pena que correspondería imponer, teniendo en cuenta todo lo que en ella pueda incidir, sin que el eventual sentenciado pueda sentirse objeto de abuso en regulación, o la víctima casi omitida en la evaluación, o la sociedad escarnecida con lo decidido al respeto. El artículo 350, inciso segundo, es vehemente a este respecto: ‘El funcionario (...) debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento’” GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Aproximación..., ob. cit., págs. 73 y 74.

26 GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Aproximación..., ob. cit., pág. 79.

27 Un ordenamiento jurídico es un sistema en cuyo seno las normas carecen de

existencia singular pues sólo adquieren sentido en función del todo. Derivado del principio de unidad de la Constitución aparece su interpretación sistemática que implica poner en relación los preceptos reconocedores de derechos fundamentales con el conjunto de aquellos principios constitucionales que, sin estar expresamente recogidos en el texto, el juez a través del principio de proporcionalidad los utiliza como parámetro de su actividad, interpretación sistemática en la que resulta esencial la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales porque todo derecho fundamental tiene sus límites, ora expresamente previstos en la Constitución, ora de manera mediata o indirecta “en cuanto han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”. CAMINO VIDAL FUEYO, El principio de proporcionalidad como parámetro, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 11º año, T. II., Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pág. 430.

28 “Entendemos que el procedimiento de abreviación por consenso sólo es válido, desde el punto de vista de las garantías, si mantiene la posibilidad de realización de audiencia aun cuando esta se anticipe con respecto al procedimiento ordinario. En este orden de ideas, el consenso no elimina el contradictorio, pues se acuerda sobre la base del disenso, pudiéndose formar la prueba exclusivamente en dicha audiencia y en presencia del juez, a quien no se puede limitar su función.” DARÍO BAZZANI MONTOYA, La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004, pág. 259.

29 Las Reglas Mínimas de Palma, vigentes en Colombia a través del bloque de constitucionalidad (arts. 93 y 94 Const. Pol.), establecen como “derechos del imputado”: necesidad de que las decisiones más importantes se adopten siempre con audiencia del imputado; prohibición de interrogarle sin ser advertido de sus derechos, entre ellos el de guardar silencio, derecho a intérprete gratuito...; derecho de defensa

por sí mismo y a contar con un abogado, también durante la ejecución de la condena; libertad absoluta de declarar o no, y prohibición de usar violencia, amenazas, engaños u ofrecimientos, estableciéndose sanciones penales y disciplinarias para los funcionarios que incumplan tales deberes, y prohibiciones de utilizar las pruebas obtenidas con transgresión de los derechos antes señalados.

30 Esta norma en su inciso 1 se refiere a la aceptación de cargos; en el inciso 2, a los acuerdos (que tienen 18 referencias legislativas más); y, en los incisos 2, 3, 4, 5 y 6, a los preacuerdos (que cuentan con 14 referencias legislativas).

31 “Si no fuera así, se generaría una inequidad, de imposible justificación. Así, por ejemplo, si alguien que cometió en esta capital y antes del 31 de diciembre de 2004, un homicidio simple en circunstancias que obligarían a la imposición de la máxima pena posible y se acoge en los albores de la investigación (ya en 2005) a sentencia anticipada, si se acepta que le es aplicable la máxima rebaja prevista en el artículo 351 de la ley 906 de 2004, debería ser condenado a pena de prisión de 12 años y 6 meses. Esto si se considera que, por supuesto, no podía incrementarse la pena en los términos del artículo 14 de la ley 890 de 2004, habida cuenta que cuando se cometió el delito aún no había entrado a regir el precepto citado. En cambio, si se trata de un delito de naturaleza y circunstancias idénticas, pero cometido en enero de éste año, al procesado tendría que imponérsele una pena de 18 años y 9 meses. He ahí una diferencia de más de 6 años, que no puede explicarse sin desmedro de la justicia. Si se tratara de un caso de ley favorable, los distintos procesados a quienes se les juzga en un mismo tránsito o coexistencia normativa deberían recibir idéntico tratamiento, lo cual no puede ser, conforme acaba de demostrarse”. Aclaración de voto a T-24.662, Mag. MAURO SOLARTE PORTILLA.