

Proceso No 30467

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 327

Bogotá D. C., once (11) de noviembre de dos mil ocho (2008)

VISTOS:

Examina la Sala la demanda de casación presentada por el defensor de Wilmer Alfair Uribe Ledezma contra el fallo de marzo 27 del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior de Popayán confirmó el que anticipadamente dictara el 13 de febrero de 2007 el Juzgado Penal del Circuito de Patía El Bordo -Cauca- condenando a dicho implicado como autor del ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a la pena principal de cuatro años de prisión y multa de \$27.297.280.

ANTECEDENTES

Según reseñó el a quo, “siendo las 10:00 horas del 27 de julio de 2006, en la esquina del parque principal (diagonal a la Droguería Arcila) de Argelia, Cauca, fue capturado en flagrancia Wilmer Alfair Uribe Ledezma, por unidades de la Policía Nacional adscritas a la Estación de esa localidad, cuando al practicarle una requisa le fue encontrado

llevando consigo en el bolsillo de atrás de su pantalón un paquete envuelto en cinta de color café que contenía 156.3 gramos netos de una sustancia que sometida a reconocimiento dio positivo para cocaína y sus derivados...”.

Iniciada al día siguiente la correspondiente investigación y a ella vinculado Uribe Ledezma mediante indagatoria, tras lo cual se le afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se clausuró el sumario en auto de octubre 12 de 2006, mas antes de que tal decisión quedare ejecutoriada aquél solicitó la realización de los trámites necesarios para sentencia anticipada, efectos en los cuales se celebró la correspondiente diligencia de formulación de cargos el 29 de noviembre de 2006 aceptando el procesado la imputación que se le hizo por el delito objeto de medida de aseguramiento.

En dichas condiciones el Juzgado Penal del Circuito de Patía El Bordo -Cauca- dictó sentencia en febrero 13 de 2007 condenando al procesado a la pena principal ya citada, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la privativa de libertad, a la vez que declaró improcedente la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Recurrida la anterior decisión por el procesado, el Tribunal Superior de Popayán la confirmó mediante la proferida en marzo 27 del año que transcurre, interponiendo contra la misma el acusado y su defensor el recurso de casación que éste sustentó oportunamente con la presentación del correspondiente libelo.

LA DEMANDA:

Formulada por la vía excepcional en tanto el punible materia de condena se halla sancionado con pena de prisión cuyo máximo no excede de 8 años, el defensor simplemente se limita a exponer una serie de argumentos en procura de motivar la

discrecionalidad de la Sala en el propósito de que se protejan a su prohijado los derechos al debido proceso, a la defensa, a la libertad y a la igualdad, mas omite precisar a qué causal de casación acude y en esa medida ninguna argumentación expone que evidencie el desarrollo de un cargo que técnica y jurídicamente trascienda en esta sede.

En ese orden sustenta la excepcionalidad del recurso en el hecho de que habiéndose el procesado acogido a sentencia anticipada no le fue aplicado el descuento punitivo que con favorabilidad prevé el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, por ello es su pretensión de que a la pena que le corresponde al acusado se le disminuya la mitad de modo que se le impongan 36 meses y no los 48 a que fue sentenciado.

CONSIDERACIONES:

Si bien acierta el defensor de Uribe Ledezma al formular su demanda por la vía excepcional toda vez que en efecto se ha procedido por un punible cuyo máximo punitivo no excede de 8 años de prisión, así como al exponer la argumentación que una tal senda exige en procura de dinamizar la discrecionalidad de la Sala, no menos patente es que ello no satisface los requisitos formales establecidos en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, especialmente porque en el libelo no se enunció causal alguna de casación, tampoco se formuló un cargo acorde con dicho motivo, ni se indicaron sus fundamentos, todo lo cual resulta suficiente para que sea inadmitido.

Sin embargo, como el asunto evidencia una vulneración al principio de favorabilidad, la Sala casará parcialmente y de oficio el fallo del Tribunal Superior de Popayán, máxime que como lo precisó la Corporación desde su sentencia del 12 de septiembre de 2007 (radicación 26967), pese a que se inadmita la demanda es factible redosificar la pena en reconocimiento de las garantías fundamentales del implicado sin necesidad de disponer el traslado al Ministerio Público para que conceptúe al respecto.

En efecto, si bien al momento de dictarse los fallos de instancia el tema de la

favorabilidad en el evento específico del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no admitía en la posición mayoritaria de la Sala de Casación Penal la similitud entre la sentencia anticipada (artículo 40 Ley 600 de 2000) y el allanamiento a cargos (artículo 351 Ley 906 de 2004), tesis que se mantuvo hasta el proferimiento de la sentencia del 8 de abril de 2008 (radicación 25306), cuando se produjo un cambio en la doctrina de la Sala mayoritaria, es claro que a partir de dicha decisión se ha venido admitiendo la aplicación de la citada norma a asuntos regidos por la Ley 600 de 2000, pues “Ante la coexistencia de dos sistemas jurídico-procesales distintos se presentan varias inquietudes: en primer lugar, si es procedente la favorabilidad en la simultaneidad de normas procesales; y, en segundo lugar, si es procedente aplicar, por vía de benignidad, disposiciones de la ley 906 del 2004 a casos regidos por la ley 600 del 2000, siendo sus instituciones de tan diversa naturaleza.

(...)

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

(...)

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

(...)

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta más cara al ser humano la interpretación que permite la aplicación retroactiva, por vía de favorabilidad, del artículo 351 del nuevo Estatuto procesal.

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

(...)

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

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

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

Por consiguiente, como el acusado Wilmer Alfair Uribe Ledezma procesado bajo los cauces de la Ley 600 de 2000 se acogió a sentencia anticipada se casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado de modo que aplicándose por favorabilidad el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 se le redosificará la pena impuesta.

Así, determinado por el juzgador que al acusado correspondía la pena mínima prevista en el artículo 376, inciso 3º del Código Penal, esto es 6 años de prisión y multa equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales, a lo cual restó la tercera parte por razón del acogimiento a sentencia anticipada, tal disminución será ahora hasta de la mitad en términos del referido artículo 351 de la Ley 906.

Como el implicado formuló su petición de sentencia anticipada al momento en que ya se había proferido resolución de cierre de la investigación, es evidente que su sometimiento si bien permitió obviar parte del sumario específicamente la fase de calificación, ya se había surtido prácticamente toda la etapa instructiva, luego la rebaja de pena será del 40% dado que en esas condiciones no se produjo el mayor ahorro de instancia posible.

Por ende, siendo la base punitiva de 6 años de prisión y multa equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales, la reducción en dicho porcentaje implica que la pena principal a imponer a Wilmer Alfair Uribe Ledezma será entonces de 43 meses, 6 días de prisión y

multa equivalente a 60 salarios mínimos mensuales legales y en tal sentido será la casación oficiosa en el entendido además de que en lo restante el fallo se mantendrá incólume.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de Wilmer Alfair Uribe Ledezma.
2. Casar parcialmente y de oficio el fallo de marzo 27 del año en curso proferido por el Tribunal Superior de Popayán, en el sentido de declarar que Wilmer Alfair Uribe Ledezma queda condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a la pena principal de cuarenta y tres (43) meses y seis (6) días de prisión, así como multa equivalente a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales.
3. En todos los demás aspectos la sentencia del Tribunal Superior de Popayán permanece incólume.

Contra lo decidido en el presente fallo no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento Parcial de voto

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBAÑEZ

Salvamento parcial de voto

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Salvamento parcial de voto

Salvamento parcial de voto

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Respetuosamente manifiesto mi discrepancia frontal con la decisión que por mínima mayoría se ha impuesto ahora en la Sala, al entender que no es posible aplicar a hechos que se rigen por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 el inciso 1° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, de donde resulta imperativo para los servidores judiciales incluido el juez de casación, corregir los -en mi sentir- desvíos que en tal sentido se lleguen a producir sin que con ello se vulnere principio constitucional alguno pues semejantes decisiones no pueden ser fuente de derechos, y la providencia que en instancias los avale no se puede tolerar y, menos, dejar que produzca efecto alguno.

El principio nullum crimen, nulla poena sine lege representa no solo un límite formal al poder punitivo del Estado, sino también uno material que... se ciñe a castigar las perturbaciones más graves de la vida en sociedad... el de legalidad es un

principio de racionalización del castigo que... al orden de las infracciones, según la seriedad del mal que causan, ha de comprender el de las sanciones, según su gravedad¹.

Las razones que me acolitan se expondrán de acuerdo con la secuencia que sigue:

I. Legitimación de las providencias judiciales.

II. Interpretación en Derecho Penal.

III. La pena, sus fines y la culpabilidad.

IV. Sistema acusatorio: axiología y literalidad.

V. Conclusiones. Y,

VI. Refrendación de un criterio.

El principio de legalidad de la pena es una garantía para el procesado y también para la sociedad, en el sentido de que el Estado impondrá las que hayan sido estatuidas previamente a la realización de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico, sin que se puedan imponer penas por arbitrio o imaginación del juez, que no respeten los parámetros legales, con quebranto de la igualdad y de la seguridad jurídica". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación de 7 de marzo de 2007, radicación 25.385, M. P., Dr. Álvaro O. Pérez Pinzón. Agréguese que el olvido, el error o el delito judicial no pueden crear derechos, como tampoco la negligencia de la Fiscalía o de la Procuraduría

para recurrir, que a menudo se trae como pretexto de convalidación de esos fraudes a la Constitución y a la Ley válida².

I

Legitimación de las providencias judiciales

1. La mejor manera de legitimar un criterio jurídico es a través del soporte argumental que lo acompañe. Así lo reclama además el derecho fundamental de partes e intervinientes procesales a la motivación de las providencias, el garantismo penal dispuesto hoy no aberrantemente a favor de una sola de las partes sino de todas³ y una judicatura democrática, igualitaria e imparcial.

Y significa la fuente de seriedad y fortaleza de los planteamientos afincados en la axiología de la racionalidad, de la razonabilidad, de la proporcionalidad y de la ponderación, principios de la más alta alcurnia en cualquier variable del Estado de Derecho, que tiene como sus valores más caros la dignidad de todos los seres humanos (para el caso involucrados en el proceso penal), la justicia, el orden justo, y, si se trata del Estado Social de Derecho (artículo 1 Const. Pol.), la igualdad, y que tiene entre sus fines, el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (artículo 2 Const. Pol.) y, si es Estado Constitucional de Derecho, con un Poder Judicial rectorizado por una “jurisprudencia de principios” que ha llevado en Colombia a que sus más altos jueces penales por unanimidad ponderen (artículo 27 cpp-04):

Hay que resaltar la necesidad de que la judicatura comprenda el papel que juegan sus decisiones en el contexto del sistema penal y del modelo estatal del que hace parte por cuanto las democracias constitucionales son fundamentalmente Estados de Justicia; es decir, Estados que en el contexto de una democracia participativa y pluralista, llevan a una nueva dimensión los contenidos de libertad política del Estado Liberal y de igualdad del Estado Social. Por ello, cada acto de los poderes constituidos, incluido el

Poder Judicial, se halla vinculado por la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen solo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por la necesidad de armonizar esa corrección con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no habría dado un solo paso desde las épocas del más rígido formalismo jurídico⁴.

2. La práctica del Derecho consiste en argumentar porque, como dice Atienza, esta cualidad es la que mejor define lo que se entiende por buen jurista: capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad⁵.

En procesos judiciales en los que se resuelven problemas jurídicos simples o rutinarios es común que el esfuerzo argumentativo del juez se reduzca a hacer una inferencia entre el supuesto fáctico y la norma; pero en los denominados casos difíciles, en los que la relación entre la premisa fáctica y la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas, la validación de la decisión requiere además de una justificación interna (corrección desde la perspectiva lógica-deductiva), de una justificación externa que impone ir más allá de la lógica en sentido estricto⁶.

3. A partir de los desarrollos teóricos de mitad del siglo pasado (Viehweg, Perelman y Toulmin) y de las propuestas de autores contemporáneos (MacCormick y Alexy), se ha consolidado lo que se denomina teorías de la argumentación jurídica, las que sirven, entre otras cosas, para señalar que

Una decisión judicial se considera justificada cuando el argumento cuya conclusión expresa el contenido de dicha decisión es un buen argumento o un argumento sólido. El argumento contenido en una sentencia judicial es sólido cuando el conjunto de sus premisas

(normas jurídicas más enunciados fácticos) es aceptable y su estructura es lógicamente correcta⁷.

4. Modernamente las decisiones judiciales se profieren teniendo en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad que se edifican a partir de un «test», entendido como una guía metodológica que se desarrolla en tres etapas que intentan determinar: (i) La existencia de un objetivo perseguido a través de la norma. (ii) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. Y, (iii) La razonabilidad de la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

5. El concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de «proporcionalidad», que se integra con tres subcategorías⁸: (i) La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido. (ii) La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios). Y, (iii) La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

La proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación (artículo 27 cpp-2004) entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado, y entonces se sopesan (ponderan) los dos principios que entran en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos prima la solución del caso.

En esta variante (de prohibición de protección deficiente), el principio de

proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas⁹.

Estas premisas teóricas de argumentación han permitido monolíticamente a la Sala de Casación Penal, al buscar proporcionalidad entre los derechos de los victimarios, afincados regularmente en el carácter absoluto de los derechos de primera generación del decimonónico Estado Liberal de Derecho, y los derechos de las víctimas (Estado Social y Democrático de Derecho, y del Estado Constitucional de Derecho -garantismo de los derechos de todos-), a ponderar que los últimos priman:

No se debe desconocer que en situaciones de sucesión o coexistencia de leyes ha de ser tenido en cuenta el principio de favorabilidad, sin olvidar que en supuestos límite dicho postulado debe ser ponderado frente a otros fines, valores y derechos fundamentales que lo pueden hacer ceder y producir su inaplicación¹⁰.

II

Interpretación en Derecho Penal

Garantismo designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de superación entre Derecho y Moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno (jurídico) y punto de vista externo (ético-político) en la valoración del ordenamiento, es decir, entre “ser” y “deber ser” del derecho¹¹.

1. Es la operación mediante la cual se trata de asignar sentido a los enunciados

jurídicos, determinar su contenido de significado y, con ello, su alcance normativo, proceso interpretativo que parte del tenor literal de los enunciados jurídicos que constituyen su objeto, criterio gramatical-normativo básico en derecho penal asociado a consideraciones de seguridad jurídica y legitimidad democrática.

La intención del legislador se consigna en consideraciones gramaticales que cuentan mucho en la adscripción de sentido del enunciado jurídico porque la interpretación es principalmente esa asignación en el marco del campo de sentido literal posible del mismo, que además tiene que ver con la integración del enunciado legal en un esquema racional ordenado a la realización de una idea de Derecho.

2. La doctrina y la jurisprudencia dominantes señalan que una interpretación constitucionalmente legítima debe ser respetuosa del tenor literal del enunciado y mostrar razonabilidad axiológica; adecuarse a la orientación material de la norma y ser coherente con el acervo axial (plano político-jurídico), aspecto éste que prima en aquellos casos de fricción con la literalidad del enunciado jurídico-penal. Vale decir: no puede existir en la hermenéutica una absoluta disolución de la legalidad positiva pero se debe buscar la racionalidad teleológica, cuál es el fin de la norma tanto como método para interpretar su enunciado como resultado de la interpretación.

3. La interpretación teleológica de los enunciados jurídico-penales señala que ellos tienen un telos, que se puede llamar “fin de regulación”, “idea fundamental”, “razón justificante”, y que no siempre aparece expreso en el enunciado jurídico pero puede ser descubierto, logrado lo cual,

cabe reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, configurarlo como medio para el cumplimiento de dicho fin¹².

4. Ese telos puede referirse a los fines que el legislador histórico pretendía obtener

con la promulgación del enunciado en cuestión, como también a fines independientes de esas pretensiones que pueden aparecer por falta de coherencia entre el dispositivo legal y los valores superiores, y por la evolución social. Los primeros se descubren empíricamente a través de materiales legislativos y del contexto histórico en el que se promulgó el enunciado, mientras que los segundos (salidos de una interpretación teleológico-objetiva) resultan de la interacción del legislador, que inserta el texto del enunciado jurídico-penal en un contexto comunicativo, y el intérprete, quien se aproxima al referido enunciado desde un punto de vista externo a éste (pero “interno” al Derecho).

Los telos de los enunciados jurídico-penales son consideraciones acerca de las consecuencias fácticas que debe obtener el Derecho Penal, así como a los principios axiológicos por los que éste debe regirse. Vendrían dados por la específica racionalidad teleológico-valorativa del Derecho Penal. Y los elementos configuradores de una determinada racionalidad jurídica se manifiestan en la teoría de la política criminal y, más en concreto, en la dogmática de la parte general y de la parte especial, como segmentos de la política criminal racionalizados de modo singularmente intenso¹³.

5. Así, pues, en la interpretación hay un camino progresivo que avanza de la descripción legal al criterio valorativo rector, coincidiendo la mayoría de veces la interpretación del sentido literal con la interpretación de sentido total, como adelante lo demostraré en el asunto de la especie, aunque invirtiendo el orden de los factores para una mejor pedagogía de la tesis que con fundamento toral en el Estado de Justicia, proclamo y defiendo:

Evidenciaré enseguida el estelar papel en las civilizaciones de hoy del Derecho Penal y uno de sus productos, la pena legal y justa (iii), qué quiso el Constituyente (Acto Legislativo 03 de 2002) y el Legislador (Leyes 906 y 890 de 2004) al obedecer el estándar

internacional (Reglas de Palma y Estatuto de Roma) de implantar una sistemática acusatoria y cuál fue la política criminal que se adoptó (artículo 251-4 Const. Pol.) reflejada en las partes dogmática o procesalista y procedimentalista del nuevo código (iv).

III

La pena, sus fines y la culpabilidad

La pena y sus fines:

1. El periplo humano dice que una de sus mayores preocupaciones tiene que ver con la determinación de los fines de la pena porque las diferentes posturas han debido enfrentar dos paradigmas: (i) el de sancionar porque se cometió un delito frente al de (ii) penar para que no se cometa un nuevo delito.
2. La teoría ha permitido delimitar la existencia de unas teorías absolutas de la pena que corren en paralelo a las teorías relativas. Entre las primeras se destaca la llamada teoría de la retribución, también conocida como teoría de la justicia, perspectiva desde la cual se entiende que el delito personifica la ejecución de un mal que debe ser compensado con la realización de la justicia que se produce con la imposición de una pena. Dos grandes filósofos desarrollaron lo que se ha dado en llamar retribucionismo ético (Kant: la pena es un imperativo para la realización de la justicia¹⁴) y el retribucionismo dialéctico (Hegel: la pena constituye la negación del delito: se trata de injusto y justicia).

Las teorías relativas se desarrollan teniendo en cuenta el fin preventivo de la pena. La prevención especial, cuyo centro de atención es el delincuente, a través de la pena busca mejorarlo o resocializarlo -también se ha dicho disuadirlo o inculcarlo- para que no cometa delitos en el futuro.

La prevención general, que concentra su mensaje en el conglomerado social, busca que la imposición de una pena se convierta en medio de comunicación o advertencia para que los miembros de la sociedad eviten la comisión de delitos. La tendencia preventiva negativa hace de la pena un mecanismo de coacción psicológica o intimidatorio. Y la prevención positiva, o integradora, se construye a partir de relaciones de confianza y fidelidad al derecho que conducen a la aceptación de las consecuencias cuando se comete un delito.

3. Sin embargo, y dado el cúmulo de críticas que no superan las mencionadas teorías, muchos autores han desarrollado teorías de la unión, mixtas, unificadoras, en la pretensión de fundamentar sólidamente una teoría de los fines de la pena a partir de un sincretismo epistemológico.

4. Adoptando un criterio moderno y acorde con los desarrollos teóricos contemporáneos, el legislador colombiano de 2000 determinó que la pena tiene fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado¹⁵,

pero aclaró que

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Esta fórmula legal introduce entre los fines de la pena todos los criterios que han sido desarrollados, procurando responder la pregunta de si se pena porque se delinquirió o para que no se delinca.

La [Constitución Política](#)...establece una verdadera política y filosofía del derecho penal y de las penas que condiciona los fines, objetivos y clases de penas que pueden

imponerse por el legislador penal: las penas deben ser humanas, dignificantes, limitadas, posibles de cumplir, edificantes, determinadas y conocidas, deben rehabilitar y socializar al condenado¹⁶.

5. Hoy en día no es posible administrar con criterios absolutos los fines de la pena porque a la luz de los principios signados en la Carta Política y los tratados internacionales sería inconstitucional, pues

la pena es una forma de intervención estatal radical y como tal necesita un fundamento legitimador que no puede consistir en ideas metafísicas, sino sólo en la necesidad y conveniencia para la realización de tareas estatales (en el caso concreto: el control de la criminalidad)¹⁷.

Si bien modernamente se ha pretendido por un sector mayoritario de la doctrina dar respuesta a los fines de la pena desde una perspectiva preventivo general, no se puede perder de vista que la pena, por contener un reproche personal al autor del delito,

No puede justificarse frente a éste sólo con su necesidad preventiva, sino que también tiene que poder ser entendida por él como merecida (lo que) sucede cuando es justa, esto es, cuando se vincula a la culpabilidad del autor y se limita por el grado de la misma... Dicho en forma simple: la pena debe permanecer bajo la medida de la culpabilidad incluso aunque tenga sentido desde un punto de vista preventivo¹⁸.

Culpabilidad y pena:

1. En la medida en que se ha propugnado por un derecho penal que permita hacer responsable a aquellos individuos por lo que han hecho y no por lo que son, porque la culpabilidad dejó de ser un rasgo intrínseco del sujeto, se ha permitido entender la culpabilidad como cualidad que se predica jurídicamente de una persona en relación con la conducta ilícita ejecutada.

2. El «grado» o «cantidad» de culpabilidad es la medida de la pena en tanto aquella determina el monto de esta. Al quedar fijada la culpabilidad del autor se está predicando del mismo su responsabilidad, de donde se desprende el quantum de pena a imponer al sujeto particular y concreto por su calidad de responsable de una conducta delictiva.

3. Si la culpabilidad se entiende como capacidad normal y suficiente de motivación por la norma no hay lugar a discutir que, en la medida en que el llamado de la norma es recibido por el sujeto, dicho mensaje lo motivará a proceder en los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico.

4. De lo expuesto se sigue que solamente podrá ser tenida como pena justa aquella que ponderada a partir de la gravedad del hecho frente a la culpabilidad del responsable de la acción, está en capacidad de vigorizar la confianza colectiva en sus instituciones y la conciencia jurídica de la comunidad. La pena justa no puede pasar por alto que al Estado¹⁹,

además de garantizarles la protección de los derechos humanos mediante el ejercicio de un recurso en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (le)

[4.5.3.] ... corresponde el correlativo deber de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

(...)

4.5.5. El deber estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los autores de graves atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos no queda cumplido por el sólo hecho de adelantar el proceso respectivo, sino que exige que este se surta en un “plazo razonable”. De otra manera no se satisface el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

(...)

4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad.

(...) la Corte aprecia que, dentro de las principales conclusiones que se extraen del “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” en su última actualización, cabe mencionar las siguientes, de especial relevancia para el estudio de constitucionalidad que adelanta: (i) durante los procesos de transición hacia la paz, como el que adelanta Colombia, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación... (iv) el derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación; (v) al derecho a la justicia corresponde el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción.

5. Pero la pena no solamente tiene que ser justa sino que debe ser respetuosa de la legalidad existente; se debe soportar en los axiomas de efectividad²⁰ («facticidad») y normatividad («validez») del derecho, de donde su legitimidad dependerá del respeto a los límites que disponga el orden jurídico en tanto expresión de una razonable determinación y concreción de los derechos fundamentales²¹, que en el proceso

penal se predicán con igual énfasis²² tanto a favor del procesado como de las víctimas²³ y la sociedad.

6. Las penas establecidas en la legislación penal han superado los exámenes de constitucionalidad²⁴ y por lo tanto resultan ajustadas al principio de proporcionalidad para sancionar al amparo de sus extremos punitivos los ataques que puedan recibir los bienes jurídicos protegidos, de donde se tiene que la imposición de una sanción que desborde el tope máximo, se tace por debajo del límite mínimo o por vía de alguna de las instituciones del derecho premial conlleve una rebaja de pena más allá de la autorizada legalmente, debe ser corregida, pues desde la Constitución se reclama imperativamente que los poderes públicos en general, y la rama judicial en particular, desplieguen su actividad de manera encaminada a conseguir “la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica”²⁵:

En la vida en comunidad y de cara a la organización estatal, a la par de los derechos esenciales de vida-libertad-igualdad, cobra especial relieve para hacer real y efectivo el valor de dignidad, el derecho a la seguridad, y dentro de este el de seguridad jurídica... Así es como el derecho a la seguridad viene a cobrar especial relevancia en el orden a la protección de la dignidad, la vida, la libertad y la igualdad. Sin seguridad material y jurídica de nada sirve la formulación abstracta de derechos, el establecimiento de un Estado de Derecho se tornaría inane e insignificante, pues la incertidumbre, la inseguridad, la variabilidad de las situaciones y por tanto la injusticia, cundirían, anegándose la vida social y la justicia en un subjetivismo peligroso que propiciaría la inconformidad, la violencia y la guerra civil.

7. La pena que legalmente se consagra como consecuencia de un comportamiento punible está ajustada dentro de unos límites que le permiten caracterizarla como necesaria, proporcional y razonable (artículo 3º cp) y en tal medida con ella se busca obtener como fines la prevención general, retribución justa, prevención especial,

reinserción social y protección al condenado (artículo 4° cp).

La clásica pauta “a cada uno lo que le corresponde” se interpreta comúnmente como una apelación al mérito o demérito personal. Quien la hace, la paga. A cada uno lo que ha ganado limpiamente. La justicia reparte premios y castigos atendiendo a la relación entre la causa y su agente. El individuo se responsabiliza de sí mismo ante sí mismo y, sobre todo, ante los demás. El sistema judicial se basa, desde siempre, en dicha concepción de la responsabilidad.²⁶

8. La pena es un mal necesario que, parodiando a Radbruch, se debe utilizar racionalmente hasta que la humanidad encuentre algo mejor para afrontar las conductas desviadas. La reparación no tiene el poder de extinguirla sino en contados casos. Pervive la retribución justa (artículo 4 cpp). Y el monto de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, cómplice o interviniente, constituyéndose en referente indiscutible para la reparación de perjuicios así sea en sede de preacuerdos y negociaciones (artículos 34827, 34928 y 351 inc. último²⁹ cpp), a considerar en el “arbitrio ponderado” que otorga el normativo “hasta” (artículos 288.3 y 351 inc. 1 cpp), “acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”, conforme a texto literal y axiológicamente limpio ubicado en el extremo posterior del juicio de identidad que se realiza entre la antigua sentencia anticipada y la primera “modalidad” de preacuerdos y negociaciones que tipifica el artículo 351 con el nombre de “aceptación de los cargos”.

Después de que las extensiones legales del principio de oportunidad y las distintas medidas aceleratorias no resultaran suficientes, la práctica judicial alemana ha encontrado una solución radical propia, que se mantuvo durante muchos años encerrada en torres de silencio y que recientemente en los últimos años ha surgido a la luz de la opinión pública. Justo aquí es donde entran a jugar un papel decisivo los acuerdos informales en el proceso penal, que van a reducir el alto número de causas, los problemas

de la práctica de la prueba en los procesos muy voluminosos y el cuello de botella de la acumulación de la vista pública³⁰.

Y no creo que imponiendo penas no legales ni justas (artículos 3 y 4 cp) se construya tejido social, antes por el contrario, la impunidad –así sea parcial- es de los principales combustibles de la criminalidad, además que está fuera de lugar el argumento económico de los costos carcelarios por manutención de presos como pretexto serio para prohiar exenciones, aunque sean fragmentarias, de pena concediendo rebajas que no van para generar verdaderos jubileos criminales en un país acosado por felonías de toda laya.

La condena condicional degeneró en una especie de *ius primae crimine* o derecho a delinquir por primera vez, con lo cual se incrementó la criminalidad y se llegó a un verdadero jubileo criminal, a modo de indulto o de perdón predeterminado, siendo una latente invitación legal a la delincuencia³¹.

IV

Sistema acusatorio: axiología y literalidad

1. El marco constitucional –Acto Legislativo 03 de 2002- y sus desarrollos legislativos - especialmente las leyes 906 y 890 de 2004- dicen que con la colosal empresa de la implantación del “sistema acusatorio colombiano”, se buscó modernizar la vida jurídica del país, luchar contra la criminalidad y beneficiar a la sociedad con justicia pronta y cumplida; ejercer la justicia penal con el convergente respeto por los derechos fundamentales de imputados, comunidad y víctima; activar una sistemática de partes en juicio oral y público, que propicia control social, de cara a un juez independiente, autónomo e imparcial; y, en fin, trazar las líneas de una política criminal, que se adoptó

como política de Estado, de lucha contra la impunidad con fortalecimiento del marco de derechos y garantías de procesados y víctimas, y justicia restaurativa³².

Bien se ha dicho que esta reforma tan solo incidió en la parte orgánica de la Carta toda vez que su parte dogmática permaneció inalterada (preámbulo y artículos 1, 2, 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32) aunque, para la temática que nos ocupa, se ha de resaltar que el derecho fundamental al debido proceso público (artículo 29 Const. Pol.) está atravesado más que nunca por el tipo de Estado que profesa Colombia (Social y Democrático de Derecho, artículo 1 Const. Pol.) y sus fines (artículo 2 Const. Pol.), cuyo principal valor es el de la igualdad (artículo 13 Const. Pol.), además que los derechos de las víctimas, protegidos de antaño por el bloque de constitucionalidad (artículos 93 y 94 Const. Pol.), ganaron un refuerzo de protección por la múltiple referencia que de ellos se hace en los nuevos artículos 250 y 251 de la Carta, y en las 89 citas que de ellas ocupa el cpp-04.

2. La Corte Constitucional al hacer una especie de balance de las “modificaciones” que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 en el sistema procesal penal, encontró : (i) la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad; (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior³³; y, (vi) se acogieron en el sistema acusatorio colombiano fórmulas mixtas que combinan elementos estructurales de las subespecies anglonorteamericano y continental europeo³⁴, alentadas por igual por la política criminal del acuerdo o del consenso, o justicia consensuada.

El procedimiento de la plea bargaining constituye, utilizando palabras de Amodio,

“una verdadera y propia exaltación de la autonomía de las partes”. La negociación entre el prosecutor y el imputado se ha convertido, estadísticamente, en el modo más habitual de definir los procesos penales como alternativa al sofisticado mecanismo impuesto por el jury trial³⁵.

3. La Corte Suprema de Justicia pioneramente sentenció que:

las normas que se dictaron para la dinámica del sistema acusatorio colombiano, son susceptibles de aplicarse por favorabilidad a casos que se encuentren gobernados por el Código de Procedimiento Penal de 2000, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos.

No se puede eludir la aplicación del principio, por ejemplo, a situaciones en las cuales la ley 906 de 2004 no contempla privación de la libertad en cierto caso mientras que la ley 600 sí, o en eventualidades en las que la primera consagra bajo determinadas condiciones la libertad provisional y en presencia de las mismas la segunda la niega.

En el caso que resuelve la Corte, al establecerse que la conducta punible de prevaricato por acción imputada tiene prevista pena de prisión de 3 a 8 años y que el artículo 313-2 de la ley 906 de 2004 fijó como requisito de procedencia de la detención preventiva en los delitos investigables de oficio que el mínimo de la pena prevista en la respectiva disposición sea o exceda de 4 años, es claro que ésta norma resulta aplicable al caso examinado en virtud del principio de favorabilidad penal y que, por lo tanto, debe accederse a la petición inicial de la defensa”³⁶.

4. El Tribunal Constitucional en la sentencia C-592/05, luego de hacer varios reenvíos y acoger el contenido de algunas providencias de la Sala de Casación Penal³⁷, señaló que la favorabilidad era aplicable a supuestos de hecho de esa estirpe

en uno -el de la Ley 600 de 2000- y otro -el sistema de la Ley 906 de 2004- pero que reciben en cada uno soluciones de derecho diferentes. Mal podría en efecto pretenderse por ejemplo que se dé aplicación, en virtud del principio de favorabilidad, a las normas que sobre principio de oportunidad se establecen en la Ley 906 de 2004 a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, pues ese es un elemento esencial del nuevo sistema que no encuentra su equivalente en el sistema anterior regulado por la Ley 600 de 2000 y por tanto no se dan en relación con este último los presupuestos lógicos para la aplicación del principio de favorabilidad (Negrillas agregadas).

Agregó que

la interpretación que se hace por esas instituciones (la Fiscalía General de la Nación y Ministerio del Interior y de Justicia) tanto del artículo 5° del Acto Legislativo 03 de 2002 como del artículo 6° de la Ley 906 de 2004 excluye en cualquier circunstancia la aplicación de las normas de la Ley 906 de 2004 a hechos anteriores a su entrada en vigencia de acuerdo con la gradualidad que en ellas se establece. Aún si como lo hace el Vicefiscal General de la Nación no se descarte que el principio de favorabilidad como principio rector pueda aplicarse en casos concretos que puedan llegar a presentarse durante la vigencia de la Ley 906 de 2004.

Y concluyó:

Así las cosas, dado que no queda duda sobre la aplicabilidad del principio de favorabilidad penal, la Corte -además de acoger, por ser claramente respetuosa de las garantías constitucionales, la interpretación adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la Jurisdicción ordinaria en este tema-, declarará la exequibilidad del tercer inciso del artículo 6° de la Ley 906 de 2004 por el cargo formulado, pues se reitera la única interpretación posible del mismo en el marco de la Constitución es la que se desprende de la conjugación de los principios de legalidad,

irretroactividad de la ley y favorabilidad penal a que se ha hecho extensa referencia, lo que pone presente que en manera alguna se pueda desconocer la aplicación del principio de favorabilidad, contrariamente a lo que afirma el actor.

Es la llamada “teoría del derecho viviente”, que la Corte Constitucional aplica apenas esporádicamente. Pero ese Alto Tribunal, no obstante el artículo 243 Const. Pol., referido a la “cosa juzgada constitucional”, varió a través de numerosas providencias dictadas en sede de revisión de tutelas, como sonora pero acríticamente se relaciona en la providencia triunfante, ese inicial criterio al reclamar para la procedencia de la favorabilidad en esa sucesión y coexistencia de procedimientos y de leyes, no ya que las figuras fueran idénticas sino similares, cambiando las reglas del juego³⁸.

Rónald Dworkin analiza cómo a través de frases y giros de lenguaje se fuerza la interpretación jurídica hasta límites insospechados; y 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.

5. El artículo 4° del Acto Legislativo 03 de 2002 ordenó crear una Comisión para que “presente a consideración del Congreso de la República... los proyectos de la ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema...”, entre los cuales se incluyó una reforma al Código Penal para aumento de penas con esta motivación:

“Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas...”.

En la Ponencia para primer debate se dijo que

“La razón que sustenta tales incrementos está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas (materia regulada en el Código de Procedimiento Penal) que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan”.

El Senador Rojas dijo:

Yo tenía la misma preocupación del Senador Martínez en relación con las penas... pero aquí lo que habría que decir es que en el Código de Procedimiento Penal seguramente tiene que ir un sistema de graduación de las penas por lo que sustancialmente cambió la función de la Fiscalía que ahora no practica pruebas, que ahora no cumple funciones judiciales y que en consecuencia va a significar que haya muchas posibilidades de negociación, de acuerdos entre los sujetos procesales con miras a obtener un resultado aceptable.

El Senador Rivera Salazar expresó:

El sistema acusatorio es un sistema básicamente de rebaja de penas y de otorgamiento de beneficios y de negociación y de acuerdos entre la Fiscalía y la defensa... el sistema está concebido de esa manera, es un sistema de rebaja de penas, un sistema de preacuerdos, de negociación entre Fiscalía y defensa.

6. Aciertan en sus apreciaciones los Legisladores porque la Comisión Constitucional Redactora había acogido como criterio rector básico de la nueva sistemática, la política criminal del consenso o justicia consensuada que superaba con creces la filosofía del sometimiento recogida en el artículo 40 Ley 600 de 2000 con descuento fijo, y que encuentra respaldo en los valores justicia y orden justo, en los principios de la

dignidad humana y democracia participativa y pluralista, y en el fin del Estado Social de Derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, consultando la doctrina globalizada del patteggiamento italiano, el asprach alemán, el plea bargaining anglosajón y la conformidad española³⁹. Y se estableció un descuento a ponderar (“hasta”), con

Una relación de política criminal global (sistémica) entre el descuento punitivo y el incremento generalizado de penas (leyes 906 y 890/04): “Un ordenamiento jurídico es un sistema en cuyo seno las normas carecen de existencia singular pues sólo adquieren sentido en función del todo”⁴⁰.

7. La Corte Suprema⁴¹ insistió en el criterio que el allanamiento o aceptación de cargos no es igual a la sentencia anticipada, pues en aquél instituto se presenta una activa participación del fiscal y del imputado que incluye las consecuencias punitivas derivadas de lo aceptado, al punto que la ley obliga al juez a respetar los acuerdos, aspectos que no eran contemplados en la legislación anterior toda vez que en ella no se previó ningún tipo de negociación⁴². Se agregó que

la comparación institucional de las dos figuras en estudio, es decir, la sentencia anticipada del sistema procesal anterior y la aceptación de cargos o de imputación actualmente reglada en la Ley 906 de 2004 no son iguales, toda vez que pertenecen a sistemas procesales de enjuiciamiento contrapuestos, conclusión lógica y jurídica que necesariamente conlleva a excluir la pretendida aplicación del principio de favorabilidad que reclama la Procuraduría Delegada, pues si bien es cierto que la Sala ha admitido la operancia de la favorabilidad frente a la “coexistencia” de legislaciones, también lo es que ella se verifica siempre y cuando los institutos partan de los mismos supuestos de hecho, evento que en este caso no ocurre.

Y se puntualizó que

aducir que los dos institutos son iguales por cuanto inciden en el campo de la punibilidad, es una afirmación sesgada y genérica que no consulta tanto la estructura de cada sistema como los motivos por los cuales fueron incorporados a cada legislación, resaltándose que en la Ley 906 de 2004 impera como principio la justicia consensual propia de los sistemas de corte acusatorio.

En otra providencia se recalcó que

la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos, la cual, desde ya se advierte, no se consolida en los casos de la aceptación de la imputación en la audiencia de su formulación prevista en los artículos 293 y 351 de la primera normatividad, y la sentencia anticipada regulada en el artículo 40 de la segunda, pues además de que fueron moldeados con arreglo a esquemas constitucionales diferentes, configuran institutos procesales sostenidos en bases filosóficas distintas: aquél en el paradigma del consenso, ésta en el del sometimiento⁴³.

V

Conclusiones

1. Las dos Cortes nacionales en ejercicio puro de sus funciones constitucionales de unificar la jurisprudencia nacional al hilo de los mandatos superiores y de definir los alcances de los derechos fundamentales en sentencias de constitucionalidad, dijeron que en el tránsito y coexistencia de los códigos de procedimiento penal de 2000 y 2004 era viable el principio -derecho de favorabilidad a condición de: (i) no ser la figura correspondiente estructural de la nueva sistemática, vr. gr., el principio de oportunidad, no obstante los vestigios que existían en la antigua codificación; y (ii) ser idénticas las dos figuras, por ejemplo: la definición de situación jurídica. De suerte que:

2. La doctrina comparada, de donde el legislador nacional tomó la figura, puntualiza: (i) El instituto de la conformidad o de los acuerdos, es claro exponente del principio de oportunidad; y (ii) la conformidad es un instituto típico del sistema acusatorio⁴⁴.

3. La política criminal del consenso que alentó al Constituyente y Legislador históricos de 2002 y 2004, es distinta a la del sometimiento que rigió la sentencia anticipada antigua (2000), aquella -la del acuerdo- recogida en los artículos 8-d y 10- de Principios y Garantías- y 354 -reglas comunes-, entre otros.

4. Este acervo axial y de política criminal distinto, llevaron a que el texto de las normas positivas fuera claramente diferente (artículo 27 ccc):

i) “Sentencia Anticipada. A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada... El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad...⁴⁵.

ii) La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación⁴⁶.

5. Por esas razones, la aparente mayor rebaja que contempla la última preceptiva no se puede aplicar por favorabilidad porque es “ilegal” de acuerdo con la propia interpretación de la Corte Constitucional en decisión que hizo tránsito a cosa juzgada (sentencia C-592/05), toda vez que la especie justicia consensuada y el género principio de oportunidad, son características del sistema acusatorio global y colombiano que

histórica y axiológicamente marcan diferencias radicales con el Ancien Regimen del procesalismo penal nacional. Y no son instituciones idénticas, talvez lejanamente parecidas como dos primas de una misma familia.

Y si se hace un acertado uso del factor de ponderación “hasta” y no se aplica automática e irracionalmente el 50% de rebaja, no siempre la rebaja fija de la tercera parte consagrada en el artículo 40 Ley 600/00 sería inferior a aquella, además qué tal si se acoge el criterio “garantista” según el cual la Ley 890/04, que en su artículo 14 sólo aumenta penas, rige desde siempre y en todo el país, que –concedo- tiene su lógica desde el seno de la legislación que fijó posibilidades (“hasta”) de topes altos de descuentos para alentar al procesado a buscar acuerdos que agilizaran los procedimientos, pero con el simultáneo incremento punitivo de todos los tipos penales para que no hubiera impunidad, criterio rector de la política criminal adoptada para la creación de la nueva sistemática procesal penal, como se resaltó atrás por repetida vez.

VI

Refrendación de un criterio

1. Mirando procedimentalmente la figura se encuentra fácilmente que al detallarse el trámite de la audiencia de la formulación de la imputación, se le señala al fiscal entre sus deberes el de expresar oralmente (art. 288.3) la “posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351”, que puede suceder por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía (art. 293) pero que siempre requerirá de acuerdo respecto del “hasta” de la aminoración de pena pues no siempre será el 50%, como sin fundamentación se viene aplicando en algunas instancias tal vez para aligerar presupuestos carcelarios y de congestión judicial. Es que la aceptación de la imputación a que se refieren los artículos 288.3 y 293 –se reitera-,

comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imposible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

2. Desde el ámbito del procesalismo, se pregunta: (i) ¿Será que cuando el imputado acepta los cargos pero no por acuerdo sino por allanamiento, sí puede retractarse -art. 293 inc. 2 cpp-?. (ii) ¿Será que si la aceptación de cargos sucede por allanamiento y no por acuerdo, serán existentes las realizadas sin la existencia del defensor -art. 354 cpp-?. (iii) ¿Será que sí es posible utilizar en contra del imputado las conversaciones tendientes a lograr un allanamiento como no es posible hacerlo con los que buscan “un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas”, art. 8-d cpp?. Y, (iv) d) ¿Será que puede el juez autorizar los acuerdos pero no los allanamientos -arts. 10 inc. 4 y 293 inc. 2 cpp-?.

Las respuestas dicen que la “aceptación de la imputación”, bien por iniciativa propia del imputado o por acuerdo con la fiscalía, es figura global -política criminal- de la justicia consensuada que, como primera modalidad, registra el art. 351 inciso inicial en texto claro que reclama “acuerdo” para fijar el “hasta” de la disminución punitiva.

3. Así, siguiendo las pautas del Tribunal Constitucional: (i) el nuevo código de procedimiento penal adoptó como vertebral de su sistemática, la filosofía del acuerdo y la negociación consagrando en el art. 351 sus “modalidades”, en cambio de la del sometimiento del anterior con su figura estelar de la sentencia anticipada (art. 40 ley 600/00). Y, (ii) si bien es cierto que la primera “modalidad”, en comienzo tiene perfiles parecidos a ésta -sometimiento o aceptación unilateral de la imputación-, al requerirse de acuerdo o negociación para fijar el

“hasta” de la pena imponible, presenta una mixtura de las antiguas sentencia anticipada y audiencia especial, que hace exótico el predicado de identidad entre esas figuras.

4. Recuérdese que el cpp-91 acuñó por primera vez en Colombia la terminación anticipada del proceso creando las figuras de la sentencia anticipada (art. 37) y la audiencia especial (art. 37B), la primera de las cuales implicaba sometimiento con descuento fijo y la segunda negociación, que por supuesto las hacía bien diferentes. El Código de 2000 (Ley 600/00) sólo consagró la primera especie y no la segunda, mientras que el estatuto de 2004 estableció todas las modalidades bajo el rubro general de “Preacuerdos y Negociaciones” en el título II del Libro III, “justicia negociada”, que refleja, además, la influencia de figuras globalizadas, universales y trasnacionales como la conformidad española, el patteggiamento italiano, el asprach alemán y el plea bargaining anglosajón. Y,

5. En fin: al respetar lo que originalmente dijeron las Cortes colombianas sobre la viabilidad del principio-derecho de la favorabilidad en el tránsito y/o coexistencia de estatutos procesales penales (Leyes 600-2000 y 906-2004), la figura del acuerdo y de la negociación es propia, característica, típica y medular del sistema acusatorio, y no es idéntica a la sentencia anticipada del viejo código porque tanto la axiología contenida en la política criminal respectiva como los textos positivos que elaboraron los legisladores históricos correspondientes, los hacen diferentes. Por eso estimo que la interpretación en contrario es ilegal y sobre un tal predicado no se pueden edificar derechos.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra.

1 “Y, así, debiendo la ley, en virtud de tales exigencias concebir la pena como un mal necesario y proporcionado a la gravedad del delito, en el corazón mismo del principio de legalidad se halló inscrito, naturalmente, otro, el de intervención mínima o proporcionalidad en sentido amplio”. Tomás Vives Antón, Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal, en Estudios de filosofía del derecho penal, Bogotá, Uni-Ext., 2006, p. 298. El principio de legalidad aparece, además de antitético del principio de oportunidad (artículos 250 Const. Pol. y 321-330 cpp-2004), en el estatuto procesal penal último como principio rector y garantía procesal (artículo 6), y como criterio modulador de la actividad procesal (artículo 27). Para mí una pena es legal cuando se tasa dentro de los parámetros que establece la ley. El valor justicia implica que no haya impunidad. Y no hay pena justa cuando se reconocen atenuantes ilegales, es decir, que no contempla la ley como “fin de regulación”, “idea fundamental” o “razón justificante”, o porque no haya razonabilidad axiológica que entre en fricción con el tenor literal del enunciado, como adelante lo demuestro.

2 Yesid Ramírez Bastidas, Aclaración de voto, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 16 de mayo de 2007, radicación 23934, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. El principio de legalidad se traduce en materia penal en la necesidad imperiosa e insoslayable de que el legislador defina previamente el delito y la pena, el juez competente, las formas propias de cada juicio y las condiciones de ejecución de la sanción, con lo que se delimita el ejercicio del ius puniendi y se ata al parlamento a los contenidos supremos, pues éste debe responder “a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo”. Corte Constitucional, Sentencias SU-1722/00 y C-070/96.

3 “La garantía de la defensa corresponde a todas las partes... De hecho, en muchos casos es una afirmación casi automática, aquella de que la defensa corresponde a la parte pasiva del juicio... Sin embargo, no consideramos acertada esta reducción subjetiva de la garantía de la defensa a una sola parte, sino que, por el contrario, entendemos que se dirige y ampara a todas las partes del proceso, en lo que constituye, por cierto, una característica esencial a tener en cuenta para la elaboración del concepto de esta garantía constitucional”. Alex Carroca Pérez, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 86-87. Y además resulta elemental que la parte sea parcial por y para sus intereses; que el litigante también lo sea según los intereses de la parte que asiste, sea victimario, víctima, tercero civilmente responsable o asegurador -sistema de partes-; pero el juez tiene que ser imparcial, independiente y autónomo, el fiel de la balanza a través de la ponderación de derechos. María Inmaculada Ramos Tapia, *Los deberes de imparcialidad y vinculación exclusiva al Derecho*, en *El delito de prevaricación*, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 2000, p. 146.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias 11 julio de 2007 y 10 abril 2008.

5 Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003, p. 1.

6 Manuel Atienza, *Las razones...*, ob. cit., p. 25-26.

7 Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayazo, *Argumentación judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 23.

8 Robert Alexis, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

9 “En razón de esta función, la ponderación se ha convertido en un criterio

metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional... que se encarga de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios". Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Uni-Ext., 2005, p. 139 y 97.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias de julio 11 de 2007 y abril 10 de 2006. Corte Constitucional, Sentencias C-580/02, C-004/03, C-979/05, C-1154/05, C-370/06, C-454/06 y C-209/07. Por supuesto que las víctimas son titulares de un amplio elenco de derechos fundamentales que ganaron espacio en la conciencia de los Pueblos, en su axiología y en la normatividad positiva, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial (1945), cuando el Estado Social y Democrático surge para proteger los derechos de tercera generación, en particular la Paz (artículo 22 Const. Pol.). La Carta Política les hace un amplio registro en los artículos 1, 2, 15, 21, 29, 229, 250 y 251, además del bloque de Constitucionalidad (artículo 93 Const. Pol.), que se han materializado en derechos a la verdad sobre lo ocurrido (para la memoria individual y colectiva, y para que no haya repetición), para que haya justicia (se evite la impunidad, así sea parcial) y efectiva reparación (que en sus distintas vertientes, requiere de verdad completa y penas "legales" y "justas").

11 Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 853. "Son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas". Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 19.

12 Jesús-María Silva Sánchez, Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal, en Estudios de filosofía del Derecho Penal, Bogotá, Uni-Ext., 2006, p. 373.

13 Jesús-María Silva Sánchez, Sobre..., ob. cit., p. 376.

14 Kant señala que “cuando se infringe la justicia no tiene ningún valor que los hombres vivan sobre la tierra”.

15 Código Penal de 2000, artículo 4°.

16 Jesús Orlando Gómez López, La teoría del delito desde la perspectiva de la Constitución venezolana, Barquisimeto, Judec, 2008, p. 38.

17 Claus Roxin, Conclusiones finales en Crítica y justificación del derecho en el cambio de siglo, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 2003, p. 319. “Un adecuado sistema de política criminal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad, Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial”. Corte Constitucional, Sentencia 7 dic. 1993.

18 Claus Roxin, Conclusiones... ob. cit., p. 319.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia de 11 de julio de 2007, radicación 26945.

20 Mientras que para Kelsen la efectividad aparece vinculada a la existencia del Estado y a la capacidad de imposición política, para Hart el principio de efectividad se plasma en términos de regla o práctica social.

21 Joseph Aguiló Regla, Sobre la Constitución del Estado Constitucional, Doxa, 24, Alicante, 2001, p. 455.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de segunda instancia de 11 de julio de 2007, radicación 26945, y de 10 de abril de 2008, radicación 29472.

23 Véanse: Gerardo Landrove Díaz, La moderna victimología, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998; M. Carmen Alastuey Dobón, La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000; Alberto Alonso Rimo, Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002; Julio Jorge Urbina, Protección de las víctimas de conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000; y, Comisión Colombiana de Juristas (ed.), Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones, Bogotá, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007.

24 La fijación de los límites mínimo y máximo de la escala de penas se conoce en la doctrina como proporcionalidad cardinal o absoluta. Adrew von Hirsch, Censurar y castigar, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p.45 s.s. “Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito; de la misma manera que sólo puede imponérsele la pena previamente establecida en la ley. Se trata del apotegma universalmente conocido como “nullum crimen, nulla poena sine lege”. El principio de legalidad opera en un doble sentido, (i) como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, en la medida en que le impone definir previamente qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a aplicar por su realización; y (ii) como garantía para el procesado y la comunidad, atendida la certidumbre que genera el saber de antemano que sólo será objeto de sanción penal la conducta erigida en delito por la ley y que únicamente se impondrá la

pena dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos por la misma". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación, radicación 28059, M. P., Dra. María del Rosario González de Lemos. "En efecto, los ciudadanos deben conocer los comportamientos prohibidos y por lo mismo elevados por el legislador a la categoría de delitos así como la correspondiente sanción previamente establecida a fin de contar con la certeza de que sólo podrán ser sancionados en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados con antelación en la ley, sin que tales marcos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación, radicación 24.030, M. P., Dr. Julio Enrique Socha Salamanca..

25 Corte Constitucional, sentencias C-004/03 y C-871/03, refiriéndose al non bis in ídem y declarando que tal principio no es absoluto. "En el ámbito internacional se ha llegado a un consenso general en la necesidad de considerar a las víctimas del delito como parte principal, junto al victimario y en igualdad de condiciones, de la política criminal de los Estados. Se trata de una exigencia social y humana: hoy, el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de política social, un problema de derechos fundamentales". Alfonso Daza González, Víctimas en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, Bogotá, Universidad Libre, 2006, p. 56.

26 Ángel Puyol, El discurso de la igualdad, Barcelona, Editorial Crítica, 2001, p. 203.

27 "Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso".

28 "En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido

incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.

29 “Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes”.

30 Silvia Barona Vilar, La conformidad en el proceso penal, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 1994, p. 31.

31 Luis Enrique Romero Soto, Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, 1969, p. 553. “...a la cabeza de sus grandes problemas y mayores desgracias, la impunidad en Colombia, junto con la violencia, la corrupción y el narcotráfico, se erigen como una de las peores culturas de lastre que tanto contribuyen a mantenerla sumida en su profunda crisis”. Germán Puyana García, ¿Cómo somos los colombianos?, Bogotá, Editorial Panamericana, 2005, p. 275. El examen diario de expedientes ha señalado la práctica judicial discutible de reconocer sin más, a un allanado el máximo del descuento, que no puede suceder, vr. gr., en casos de flagrancia o de prueba de cargo contundentes. Y si ese descuento es razonado, más el incremento generalizado de penas por el que aboga el Magistrado Gómez Quintero, del artículo 14 de la Ley 890/04, vigente –según él desde los albores del sistema acusatorio colombiano-, por supuesto que la rebaja fija de 1/3 de pena consagrada en el mentado artículo 40, será siempre mayor.

32 Luis Camilo Osorio y otros, Prólogo, Presentación y SPA: una política criminal para la lucha contra la impunidad en un marco reforzado de derechos, en Nuevo código de procedimiento penal, Bogotá, CEJ, 2004, p. 21-40.

33 “En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer

la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio”. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05.

34 Corte Constitucional, Sentencia C-591/05. Además, repárese Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo No. 237 de 2002 Cámara, por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política, y Juan-Luis Gómez Colomer, *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 2003, p. 55.

35 Luis Alfredo de Diego Díez, *Justicia criminal consensuada*, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 1999, p. 75. “Estos acuerdos informales (en Alemania) funcionan de forma similar al plea bargaining de los EU (y) lo que en Alemania fue producto de una práctica judicial ha sido introducida en España y en Italia por los propios legisladores”. Silvia Barona Vilar, *La conformidad...*, ob. cit., p. 32.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Única Inst. agosto 3 de 2005, radicación 19094, M. P., Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

37 La Corte Constitucional hizo expresa referencia a los autos del 4 de mayo de 2005,

radicaciones 19094 (reiterado en el auto de 7 de abril de 2005, radicación 23312) y 23567.

38 “La definición, como la palabra lo sugiere, es primariamente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una palabra separada”. H.L.A. Hart, El concepto de Derecho, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1977, p. 13. «Parecido» significa tener determinada apariencia o aspecto que le asemeja a algo; «similar» es lo que tiene semejanza o analogía con algo. Son expresiones sinónimas de «semejante» que significa que las partes guardan todas respectivamente la misma proporción en relación con otra. Es parecido a lo que ocurre con los vocablos “equiparable” y “analogía”. «Idéntico» significa lo mismo que otra cosa (institución) con que se compara. Véase Diccionario de la Lengua Española, 22 edición.

39 El Comisionado encargado del tema, escribió: “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” Gustavo Gómez Velásquez, Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el cpp -arts. 348 a 354-, en Sistema penal acusatorio, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 69 ss.

40 Camino Vidal Fueyo, El principio de proporcionalidad como parámetro, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 11° año, T.II., Montevideo, Fundación Honrad Adenauer Stiftung, 2005, p.430.

41 Que acaba de decir: “En realidad, no parece razonable que en el sistema procesal anterior la víctima pudiera disponer de su pretensión indemnizatoria, pero en el nuevo, cruzado transversalmente por el instituto de las negociaciones, preacuerdos y

acuerdos, esa capacidad dispositiva quede limitada”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia abril 9 de 2008, radicación 28161.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 23 de agosto de 2005.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 23 de mayo de 2006, radicación 25300, con reiteración en la sentencia de casación de 3 de mayo de 2007, radicación 23486.

44Silvia Barona Vilar, La conformidad..., ob. cit., p. 31 y 33.

45 Artículo 40 Ley 600 de 2000.

46 Artículo 351 inc. 1° Ley 906 de 2004.