

Proceso n.º 36502

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 315

Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil once (2011)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado especial de Cajanal EICE en liquidación, contra el fallo del 14 de marzo de 2011 proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida el 29 de septiembre de 2010 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la ciudad contra MARÍA CRISTINA ARENAS DE JARAMILLO, a quien le impuso prisión de cuarenta y dos (42) meses, multa de 44.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término fijado para la pena privativa de la libertad, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria, al hallarla responsable de los delitos de falsedad material en documento público agravada y estafa agravada.

HECHOS Y ANTECEDENTES

Fueron resumidos en la sentencia de segunda instancia de la siguiente manera:

“... el 29 de julio de 2009 MARÍA CRISTINA ARENAS DE JARAMILLO, identificándose como CECILIA OBREGÓN DE ARENAS, su progenitora, solicitó ante el Banco de Colombia sucursal Hacienda Santa Bárbara, el pago de la mesada pensional correspondiente al mes de junio de ese año, para lo cual exhibió la cédula de ciudadanía No. 20.157.488, documento falso según el experticio técnico al cual fue sometido.

Este hallazgo permitió develar en la investigación que se realizó, que desde el 15 de marzo de 1995, fecha en que falleció la señora OBREGÓN DE ARENAS, su hija MARÍA CRISTINA ARENAS DE JARAMILLO, cobraba de manera fraudulenta la pensión de jubilación, que a favor de aquella había reconocido la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL-, apropiándose ilícitamente de la suma de doscientos cuarenta y cinco millones quinientos treinta y seis mil cuatrocientos veintiún pesos (\$245.536.421).”1.

El 20 de noviembre de 2009, en la audiencia de formulación de la imputación, MARÍA CRISTINA ARENAS DE JARAMILLO aceptó los cargos de falsedad material en documento público -art. 287 cp- agravada por el uso -art. 290 cp- en concurso con estafa -art. 246 cp- agravada por la cuantía -art. 267 cp-.

El 23 de junio de 2010, en la audiencia del incidente de reparación, el apoderado de la víctima presentó solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de la imputación, por vulneración del debido proceso y derecho a la defensa, aduciendo que la Fiscalía no podía celebrar acuerdos ni el juez aceptar el allanamiento, sin cumplirse con lo previsto en el artículo 349 de la ley 906 de 2002; petición que no fue resuelta por ausencia en esa diligencia de la Fiscal encargada del caso.

El 29 de septiembre de 2010, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la ciudad

profirió sentencia contra ARENAS DE JARAMILLO, considerando que la ley 1395 de 2010 dispuso tramitar el incidente luego de la ejecutoria del fallo.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En la demanda fueron propuestos (3) cargos.

Cargo Primero. Con fundamento en la causal segunda, se denuncia la violación indirecta de la ley, por desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura, al haberse impartido aprobación al allanamiento de cargos omitiendo el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 349 de la ley 906 de 2004, que lo condiciona al reintegro del 50% del incremento patrimonial y el aseguramiento de la restitución del 50% restante.

Señala que el Tribunal y el a quo omitieron aplicar la citada disposición y reconocieron un beneficio a la imputada al cual no tenía derecho, para cuya demostración reproduce parcialmente la sentencia de casación de 14 de diciembre de 2005, en la que la Sala expresa que el allanamiento es una modalidad de acuerdo y que por dicha razón, cuando el imputado ha obtenido incremento patrimonial fruto del delito debe darse cumplimiento a la condición prevista en ella; decisión que entiende reiterada en posteriores pronunciamientos.

Al mismo tiempo encuentra procedente la solicitud de nulidad de la aceptación de cargos, la cual respalda también en decisiones de la Corte, en el entendido que cuando la misma conculca derechos de los intervinientes debe anularse, con la finalidad de que el proceso retome los cauces de la legalidad.

Por esa vía, el Tribunal se apartó del precedente jurisprudencial sin ofrecer una argumentación razonable para hacerlo, recordando lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001 sobre su alcance en la decisión judicial, de modo que su

desconocimiento, la falta de sustentación jurídica y de aplicación de la norma legal, viola el debido proceso de la víctima, en este caso, de CAJANAL EICE en liquidación.

Pide casar la sentencia impugnada y con fundamento en el artículo 457 de la ley 906 de 2004, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la aceptación de cargos para que en su continuación se le haga saber a la imputada, que el beneficio previsto en el artículo 351 de la misma ley le será otorgado, siempre y cuando cumpla, reintegre el 50% de lo apropiado y asegure el recaudo del remanente.

Cargo Segundo. Con sustento en la causal segunda aduce la violación indirecta de la ley por desconocimiento del debido proceso, al vulnerarse el derecho de la víctima a la justicia, verdad y reparación consagrado en los literales c, e y f del artículo 11 de la ley 906 de 2004.

Para el Tribunal, la solicitud de nulidad presentada por la víctima tanto en el incidente de reparación como en la apelación no afectó el debido proceso, pues en la audiencia de aprobación y legalización del allanamiento a cargos no manifestó oposición a su aceptación por el juez de conocimiento; mientras sostuvo que lo pretendido no era otra cosa que obtener el pago de los perjuicios, sin tener en cuenta que dicho tema era susceptible de discusión en el incidente de reparación integral.

Argumentos que no comparte por desconocer la jurisprudencia constitucional y legal, relacionada con la prevalencia de los derechos de las víctimas, en cuyo propósito reproduce textualmente los literales antes mencionados, señalando que el principio de convalidación de las nulidades al cual acudió el Tribunal, es insuficiente para rechazar la petición y sostener que los mismos no fueron vulnerados.

Expresa que según el registro de la audiencia de aprobación y de legalización del allanamiento, el juez de conocimiento al disponer el traslado para que las partes se pronunciaran sobre el procedimiento adelantado en ella y la existencia de

impedimentos o nulidades, lo ordenó en relación con la imputada y su defensor, en tanto que al apoderado de la víctima le concedió la palabra para que manifestara si tenía interés en iniciar el incidente de reparación.

Advierte que dicho procedimiento desconoció la sentencia C-516 de 2007 de la Corte Constitucional, al impedir la participación de la víctima en los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, cuyas normas que los rigen resultan aplicables al allanamiento o aceptación de cargos.

Señala que el otorgamiento del beneficio previsto en el artículo 351 de la ley 906 de 2004, sin el reintegro del 50% de lo apropiado ni la garantía de pagar el remanente, vulnera el derecho a la justicia; la labor investigativa concentrada en la verificación de la falsedad del documento y el monto de lo apropiado, dejó de lado hipótesis sobre la posible participación de terceras personas, lesiona el derecho a la verdad; y, el incumplimiento de la condición establecida en el artículo 349 de la misma ley, que impidió la restitución al patrimonio de la víctima de los dineros ilícitamente apropiados por la imputada, ignora el derecho a la reparación.

Pide casar la sentencia y declarar nulo lo actuado, para que reiniciada la audiencia de formulación de la imputación se haga saber a la imputada, que la procedencia del allanamiento está supeditada a la obligación de reintegrar la mitad del dinero apropiado ilícitamente y de garantizar el pago del remanente.

Cargo tercero. Con fundamento en la causal primera, denuncia la violación directa de la ley por interpretación errónea de los artículos 288.3, 293 de la ley 906 de 2004 por falta de aplicación de las normas del título II, libro III capítulo único de la misma ley.

Manifiesta que el error tiene origen en la falta de integración de las normas que regulan el allanamiento o la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de la imputación y las relacionadas con los preacuerdos y negociaciones; vicio estructurado en

la aprobación del allanamiento sin el cumplimiento del requisito de procedibilidad, exigido para ambos mecanismos.

En su opinión, la norma que prevé la posibilidad del imputado a allanarse hace remisión expresa a las disposiciones que regulan los preacuerdos y negociaciones, luego la aseveración del Tribunal de acuerdo con la cual la aceptación de cargos es un acto unilateral que no presupone la exigencia prevista en el artículo 349 de la ley 906 de 2004, contraría la sentencia C-059 de 2010.

Considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico acorde con sus principios y fines, apoyada en el artículo 30 del Código Civil y la jurisprudencia constitucional, permite comprender que la remisión hecha al beneficio previsto en el artículo 351, también cobija la condición de procedibilidad.

A su juicio, dicha interpretación respeta el espíritu de la norma y reconoce la importancia y protección de los derechos de las víctimas, lo cual no se alcanzaría con la posición asumida por el Tribunal, en el entendido que su tesis en los delitos en donde hubo incremento patrimonial fruto del mismo, conduciría a eludir el deber legal de reintegrar lo apropiado ilícitamente con desmedro para los intereses de las víctimas.

Solicita casar la sentencia, declararla nula y retrotraer el trámite a la audiencia de formulación de la imputación, para que la imputada sea enterada de la obligación de reintegrar la mitad de lo apropiado con ocasión del delito y garantizar el pago de remanente, condición de procedibilidad sin la cual el allanamiento es improcedente.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

El recurrente

Reconvenido por la Sala para que su intervención se limitara al objeto de la

diligencia, ya que empezó por referirse a la demanda sin agregar nada nuevo y después a una decisión del Tribunal de Bogotá, manifestó que no tenía nada que agregar a lo expresado en ella.

De los no recurrentes

Para la Fiscalía, el primer cargo plantea un problema resuelto recientemente por la Corte en auto del 27 de abril de 2011, en el cual se establece que es improcedente hacer extensiva la limitación del artículo 349 al allanamiento.

La tesis sustentada en que los preacuerdos y negociaciones son modalidades de la justicia consensuada, en tanto el allanamiento o la aceptación de cargos es una forma de la justicia premial, conlleva a que el alcance otorgado por el demandante a la limitación del artículo 349, carece de fundamento para modificar esa postura o hacer vigente una anterior.

Advierte que en la misma, se exponen las diferencias entre una y otra figura; los preacuerdos como un acto bilateral fruto del acuerdo de voluntades, mientras el allanamiento es unilateral al constituir una aceptación pura y simple donde el imputado o acusado es el único que cede. Sobre esas bases, la Corte tiene sentado el criterio que al allanamiento no se aplica la citada condición de procedibilidad.

En su concepto, el demandante frente al reparo muestra una disparidad de criterios en los Tribunales del país, razón por la cual en cumplimiento del deber de unificación de la jurisprudencia, pide que se reitere lo expuesto en esa decisión y porque a nivel doctrinal se le da el mismo entendimiento.

Es un acto procesal de parte, jurídico que supone la expresión de voluntad de una de las partes. Herramienta eficaz que encontraría tropiezo para llevarse a efecto, si se exigiera la condición requerida en materia de acuerdos.

Considera que el Tribunal no desconoce el precedente judicial, como tampoco carece de sustentación la decisión porque se ofrecen suficientes argumentos jurídicos para fundamentarla. Por el contrario, hace una aplicación estricta de la ley.

Respecto del segundo cargo, manifiesta que no es el momento para plantear la irregularidad denunciada en él, porque pudiendo hacer valer sus derechos en la oportunidad debida no lo hizo, sin que ahora sea trascendente el reproche. De ese modo queda superada la discusión relacionada con los derechos de las víctimas aducidos en la demanda. De otro lado, no demuestra en qué consiste la lesión del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación, mientras existen acciones civiles como la de simulación por el traspaso posterior, o incluso la acción de extinción de dominio si la apropiación estuviera relacionada con sus bienes.

Carece de relevancia la censura, porque tampoco desarrolla los aspectos demostrativos de la violación propuesta, en tanto que una de las condiciones para otorgar la prisión domiciliaria es la reparación del daño causado con el delito, a menos que esté en incapacidad de hacerlo. Los hechos de la supuesta violación a la verdad son hipótesis investigativas del resorte de la Fiscalía, sin que su adelantamiento o no sean demostrativas de la vulneración de ese derecho.

Por último, la determinación de los perjuicios será objeto de discusión en el incidente de reparación pendiente de llevarse a cabo, pero no por ahora en esta sede.

En relación con el tercer cargo, advierte que el censor incurre en imprecisión técnica al discutir también los alcances del artículo 349 bajo la causal primera, no obstante su proposición en el cargo primero por nulidad. La interpretación que hace a partir de la ubicación del artículo 351 en el capítulo correspondiente a los preacuerdos y negociaciones, es un tema claro porque su remisión a él no muda su naturaleza, ya

que el allanamiento también es una manifestación de terminación anticipada del proceso.

No desarrolla de qué manera la sentencia de constitucionalidad del artículo 349 de la ley 906 de 2004 citada en la demanda sirva de sustento a sus argumentos, porque los apartados que reproduce se relacionan con la negociación y los preacuerdos, que nada tienen que ver con lo planteado en el cargo.

Considera que su aplicación puede conducir a una carga discriminatoria, porque limitaría la manera de acceder a una forma de terminación anticipada, es decir, únicamente cuando se tengan los recursos para la devolución del incremento e insiste en que el allanamiento o la aceptación de cargos es un acto procesal de parte, autónomo, independiente, sin negociaciones, al cual el imputado o acusado tiene un derecho a él. Y aún en una interpretación favorable el imputado tiene derecho a allanarse sin el condicionamiento del cual habla el demandante.

Pide desestimar los cargos y no casar la sentencia.

Para la defensa ha sido suficientemente clara la exposición de la Fiscalía, de ahí que la acoja, agregando en relación con el primer cargo que el artículo 349 de la ley 906 de 2004 trata de los acuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado; pero lo que hubo en este asunto fue una aceptación unilateral de su propia voluntad evento consagrado en el artículo 293 de la misma ley que habla de iniciativa propia o por acuerdo, que son dos situaciones diferentes.

Manifiesta que el numeral 3 del artículo 288 de la ley 906 de 2004, consagra la posibilidad de la iniciativa propia del imputado de aceptar los cargos, sin que su decisión implique preacuerdo alguno. La aceptación de cargos se encuentra prevista en el artículo 351 de la citada ley por remisión, de manera que no se ha desconocido derecho alguno que comportara como consecuencia invalidar el allanamiento, que sigue siendo un acto

unilateral y voluntario.

En relación con el segundo cargo, se pregunta si acaso el hecho de administrar justicia a la cual se sometió la imputada, no comporta el derecho que a la verdad tenía la víctima en su momento, el cual se hizo patente con la aceptación de cargos; qué otra verdad esperaba la víctima para que se sintiera satisfecha. Lo buscado es precisamente si el ilícito ocurrió o no y con la asunción se hizo fue eso, averiguar y obtener la verdad procesal, por lo tanto tampoco ningún derecho se la vulnerado.

La justicia se materializó en la búsqueda de esa verdad y en la imposición de la pena derivada de la aceptación de cargos, y frente al tema de reparación ya dijo el Fiscal, que la anulación de la actuación es extremar la situación. La referencia a la investigación integral en el juicio acusatorio no está permitida, hay que señalar esa imposibilidad porque se trata de un sistema de partes, en el que cada quien lleva sus pruebas, realiza su propia investigación, por supuesto realiza sus propias conclusiones sobre el curso de la investigación, razones más que suficientes para que tampoco la sentencia sea casada.

Respecto del tercer cargo está de acuerdo con la fiscalía, porque hay que acudir a los artículos 288 numeral 3 y 293 de la ley 906 de 2004, para entender que la remisión al 351 de la misma permite la asunción de cargos con beneficio de rebaja de penas, cuyo análisis es similar al del primer cargo.

En el caso concreto decidió asumir cargos y a quién se le puede reprochar, sin que medie ningún preacuerdo con la Fiscalía. La ley no lo prohíbe y en consecuencia está permitido; por qué censurar la aprobación del allanamiento, cuando evitó a la administración un engorroso y largo proceso. No encuentra donde se lesionan los derechos de la víctima, pidiendo mantener la decisión del tribunal de Bogotá.

Solicita no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

La Sala decidirá de fondo los reproches propuestos contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, porque su ajuste presupone el cumplimiento de los requisitos mínimos para que hubiera dispuesto su trámite.

Cargo Primero. Sustentado en la causal segunda se aduce la violación del debido proceso, en razón a la legalización y aprobación del allanamiento o aceptación de los cargos, sin que la imputada hubiera reintegrado el 50% del incremento percibido con el delito y asegurado la restitución del remanente, conforme a la condición de procedibilidad prevista en el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

El recurrente parte del supuesto que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo o preacuerdo, tesis que según él la Sala pacífica y reiteradamente sostiene desde el 14 de diciembre de 2005, en cuyo apoyo reproduce parte de la decisión en la cual se predicaba dicha tesis, olvidando o ignorando que la jurisprudencia actual indica otra, como se verá enseguida.

En desarrollo del acto legislativo 03 de 2002 consagrador del sistema acusatorio fue expedida la ley 906 de 2004, cuya aplicación gradual únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia condujo a su coexistencia con la ley 600 de 2000, al mismo tiempo que al consagrar procedimientos distintos, el acusatorio y el mixto, llevó a la Corte a considerar la aplicación del principio de favorabilidad a casos adelantados por el sistema mixto cuando la naturaleza y similitud de alguno de sus institutos lo permitiera, sin afectar la estructura del procedimiento previsto en cada una de ellas.

De esa manera, la Sala inicialmente a partir de la discusión originada sobre la similitud o no de la sentencia anticipada, propia del sistema mixto de la ley 600 de 2000, con el allanamiento o la aceptación de cargos del procedimiento acusatorio de la ley 906 de 2004, a pesar de reconocer que ambas figuras tienen su génesis en el derecho penal

premio, afirmó que el allanamiento o la aceptación de cargos por encontrarse reglado en el título de preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, era una forma de negociación. Expresó que

“el novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverán los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.” 2.

Luego de señalar los momentos procesales en los que puede acudirse al allanamiento, en la misma decisión agregó que

“En esas condiciones, en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos prevista en las citadas normas constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales.

En otras palabras, dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado.”.

Conforme a la diferenciación entre ambos institutos aducida en esa decisión, a la

afirmación de que el allanamiento o la aceptación de cargos es una forma de acuerdo, reiterada por la Corte en la citada en la censura, la conclusión no podía ser distinta a afirmar que la condición prevista en el artículo 349 de la ley 906 de 2004 para los acuerdos, también era exigible en aquel evento debido a

“la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible.”³.

A pesar de mantener invariable ese criterio, poco después se admitió el carácter unilateral del allanamiento o aceptación de cargos, porque era insostenible afirmar su bilateralidad, a menos que se persistiera en desconocer la naturaleza de las cosas; sin embargo, se continuó afirmando que

“el allanamiento a cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación es una modalidad de acuerdo o preacuerdo, porque así lo señala el inciso 1º del artículo 351 de la Ley 906, en la medida en que tal acto, aunque surge unilateralmente, es

auspiciado o promovido por el fiscal al formular la imputación, como lo prevé el artículo 288-3 ibídem, y en razón a que al aceptarla el imputado conviene implícitamente a que por esa actitud recibirá una disminución de la pena en los términos de la norma mencionada en primer lugar.”4.

La Sala después afirmarí, que además de acordar el monto de la pena era posible negociar algunos mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena o sustitutos de la prisión intramural, señalando

“Que eso sea así no excluye que luego de la formulación de la imputación y del consiguiente allanamiento a ésta, entre fiscal e imputado se lleven a cabo conversaciones para pactar no sólo el monto de la rebaja de pena sino el posible reconocimiento de la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de su ejecución, la reparación integral a las víctimas e, incluso, la pretensión punitiva de la fiscalía, como lo establece el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal de 2004, con el fin de que lo acordado se incorpore al escrito de acusación junto con el acta de aceptación”5.

La tesis según la cual el allanamiento o aceptación de cargos es una forma de acuerdo, sustentada a partir del modelo de justicia premial y consensuada que caracteriza al sistema acusatorio, fue revaluada por la Corte al abordar la rebaja de pena contemplada en el artículo 351 de la ley 906 de 2004 a un caso regido por la ley 600 de 2000, y en la actualidad se mantiene inmodificable con las consecuencias que se derivan de ella.

En decisión mayoritaria en la que se reexaminó tal posición, que el casacionista omite por obvias razones, después de abordar el principio de favorabilidad, la coexistencia de sistemas procesales, la aplicabilidad de disposiciones de la ley 906 de 2004 a casos regidos por la ley 600 de 2000, las posiciones encontradas frente a la misma temática, la función unificadora de la jurisprudencia que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, se expresó que

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

El principio de favorabilidad posee una clara connotación de derecho fundamental, puesto que está expresamente incluido dentro del derecho al debido proceso en el artículo 29 de la Constitución, “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

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

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

...En un Estado social y democrático de derecho, el sistema penal es considerado como el último y más severo de los controles sociales, porque representa una afectación directa al régimen de derechos y libertades que le es propio a todas las personas imputables. En consecuencia, deben primar aquellas interpretaciones que resulten más afectas o

cercanas a ese plexo de garantías, en esta hipótesis de trabajo el de la libertad individual tal y como en esta decisión ha sido considerada.

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

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

Sin embargo, el presupuesto de la tesis tiene un esguince toda vez que en el mismo estatuto procesal, las figuras del allanamiento a cargos y de los preacuerdos se encuentran previstas en capítulos independientes, la primera en el capítulo de la formulación de la imputación, específicamente en el artículo 288.3; ahora, cuando la institución es nuevamente mencionada en el capítulo de los preacuerdos y negociaciones, se hace para trazar sus efectos, es decir, que el imputado que se allana a los cargos accede a una rebaja de pena de hasta la mitad y este marco de movilidad le corresponde al juez autónomamente más allá de los criterios que aporten las partes e intervinientes en la audiencia de individualización de pena y sentencia -artículo 447 de la ley 906 de 2004-.

...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.”6.

De ahí que después de señalar que en el allanamiento a cargos ninguna situación procesal se acuerda, ya que el fiscal se limita únicamente a colocar al imputado en relación directa con el juez, como también que el mismo instituto no está condicionado a la reparación integral de los perjuicios, concluyera que

“se observa razonable interpretar que si bien los acuerdos y negociaciones son notas singulares del nuevo sistema procesal pero el allanamiento a cargos tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros, la Sala no casará el fallo impugnado, porque una nueva observación indica que esta institución no es específica del nuevo procedimiento, a la misma no subyace una relación consensuada entre fiscal e imputado y por tanto puede ser observada como homologable con la sentencia anticipada.”7.

Tal posición posteriormente ha sido reiterada por la Sala, que de manera clara y expresa ha venido sosteniendo que

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

Mientras que los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350, incisos 1° y 2°, de la Ley 906 de 2004, y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351, inciso 2°, de la citada Ley).”8.

En reciente decisión, la Sala sostuvo que la negativa del fiscal a pactar acuerdos o negociaciones con el imputado no lesiona el debido proceso, insistiendo en su diferencia con el allanamiento. Dijo que

“De la misma manera, el que la Fiscalía, como lo sostiene el casacionista, haya decidido negarse a pactar con la defensa y el procesado algún tipo de preacuerdo, tampoco registra violación del debido proceso u otros principios básicos del trámite penal, asumido suficientemente que se trata, ese, de un acto bilateral que siempre debe contar con la anuencia de las partes, por contraposición al allanamiento puro y simple, que emerge por voluntad exclusiva del imputado o acusado, pero demanda su concreción en tres momentos puntuales -formulación de imputación, audiencia preparatoria y comienzo del juicio oral-.”9.

En las anteriores condiciones, el recurrente no invoca ninguna razón o ensaya argumento que conduzca a la Sala a reconsiderar el tema, sustentando el reparo en decisiones abandonadas de tiempo atrás como quedó visto.

Por el contrario, resulta oportuno recordar que aun cuando el consenso y el derecho premial son características del sistema acusatorio, las distintas formas de terminación anticipada del proceso previstas en la ley 906 de 2004 tienen origen en una u otra de ella; mientras los preacuerdos son producto de la primera¹⁰, el allanamiento o la

aceptación de cargos son propios de la segunda.

Por eso, mientras el órgano de la persecución penal puede negarse a adelantar negociaciones, pues la “Fiscalía y el imputado o acusado podrán” celebrar preacuerdos o negociaciones que conduzcan a la terminación del proceso, lo cual no constituye irregularidad alguna conforme a lo dicho por la Sala en la decisión citada; cosa distinta ocurre en la audiencia de formulación de la imputación, en la que el Fiscal está obligado a expresar oralmente la posibilidad del indiciado de allanarse a la imputación y de obtener la rebaja de pena prevista en la ley, siendo suficiente la manifestación consciente y libre del imputado para que el juez de conocimiento proceda a su aprobación.

De otro lado, los preacuerdos tienen por objeto los hechos y sus consecuencias, el allanamiento la imputación. Con los primeros, la declaración de culpabilidad del imputado del delito atribuido o de uno relacionado con pena menor, busca la eliminación de alguna causal de agravación punitiva, un cargo concreto o la tipificación de la conducta que de forma específica conduzca a la disminución de la pena; el segundo, con la sola manifestación de la aceptación total o parcial de la imputación, persigue la obtención de la rebaja de pena prevista en la ley.

La primera entonces es bilateral, porque implica un acuerdo entre partes que es presentado al juez; la segunda es unilateral, porque frente a la formulación de la imputación, el imputado no cuenta con otra alternativa ante el juez que aceptarla total o parcialmente sin discutir sus términos.

Desde esta perspectiva, la naturaleza del instituto no depende de su ubicación en un determinado título o capítulo del Código, ni tampoco de la remisión que la ley haga a los mismos para determinar sus consecuencias punitivas, sin que por estas dos razones pueda afirmarse que el allanamiento se asemeja irremediabilmente a

los preacuerdos o negociaciones.

Si esas fueran razones, tendría que convenirse también que la manifestación del acusado en la audiencia preparatoria de aceptar los cargos, únicamente podría ser admitida por el juez previo el cumplimiento de la condición prevista en el artículo 349 de la ley 906 de 2004, bajo el entendido que la misma constituiría un “acuerdo”, porque para la reducción de la pena a la cual se haría merecedor, la ley hace remisión a las previsiones del artículo 351.

Del mismo modo, el juez tampoco podría aceptar la declaración de culpabilidad que al inicio del juicio oral hiciera el acusado, puesto que al igual que el allanamiento la única condición de validez de la manifestación se relaciona con la verificación del acto libre, voluntario y debidamente informado de las consecuencias de su decisión, asesorado de su abogado, precisando si la misma corresponde a un acuerdo o no con la Fiscalía.

Por qué estos dos últimos casos no se condicionan al requisito exigido por el artículo 349 de la ley 906 de 2004, si se tratan, como el allanamiento, de manifestaciones de aceptación de la imputación o de la acusación ante el juez del conocimiento? Acaso por los momentos procesales en que se dan? No. Primero, porque no revisten las características de un acuerdo; y segundo, porque todas tienen origen en el derecho penal premial, que también según se ha dicho es característica del sistema acusatorio.

Con esto quiere significarse que la naturaleza de las formas de terminación anticipada del proceso previstas en la ley 906 de 2004, no se encuentran inexorablemente vinculadas con el consenso sino que alguna de ellas se identifican con el derecho penal premial.

Bajo las anteriores consideraciones, como el allanamiento o la aceptación de la imputación prevista en el artículo 293 de la ley 906 de 2004, no corresponde a una

modalidad de acuerdo o negociación con la Fiscalía, la condición exigida en el artículo 349 de la misma ley no constituye requisito para su legalización y aprobación.

De ese modo, la Sala tiene dicho

“que la previsión contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 constituye un acto de obligatorio cumplimiento para aquellos delitos que llevan inmersos el provecho económico, en tanto que de acuerdo con la inteligencia de la norma permite concluir que el pluricitado reintegro, así como también el asegurar el recaudo del remanente, constituye un acto de procedibilidad para perfeccionar el “preacuerdo o la negociación”¹¹.

Últimamente expresó que

“De lo dicho se desprende que por razón de las diferencias entre uno y otro instituto sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo más no del allanamiento.”¹².

Precisando en la misma decisión, que

“Lo anterior no significa que el reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido por el agente carezca de relevancia en los eventos en que aquél se ha allanado a los cargos, pues naturalmente podrá tenerse en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de rebaja por razón de la aceptación de los formulados en la audiencia de imputación, en el entendido que la rebaja consagrada en la ley es hasta en la mitad (artículo 351 de la Ley 906 de 2004); así mismo, podrá constituir un criterio para individualizar la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente, o bien al disponer sobre el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto en este último caso la reparación del daño es presupuesto

para su concesión, según lo dispone el artículo 38, 3 del Código Penal.”.

Como con su manifestación, el imputado o acusado aceptan la imputación o acusación tal como fue formulada y presentada por el Fiscal, sin discutir sus términos ni los hechos y sus consecuencias, tienen derecho a la rebaja punitiva, sin ningún condicionamiento distinto que al examen por parte del juez de conocimiento para determinar que la aceptación provino de un acto voluntario, libre y espontáneo del imputado.

Finalmente, el argumento de acuerdo con el cual en los delitos en que exista incremento patrimonial fruto del mismo para su autor, termina privilegiándose el disfrute posterior de la riqueza obtenida ilegalmente al no exigirse para el allanamiento la condición prevista en el artículo 349, es insuficiente para asimilar la aceptación de cargos pura y simple con los preacuerdos y negociaciones, no sólo por las razones anteriormente expuestas sino fundamentalmente porque la ausencia de otros mecanismos expeditos que aseguren el reintegro del incremento percibido y el recaudo del remanente, no puede ser la causa que lo justifique.

La pretensión del casacionista de invalidar la sentencia para que en audiencia de formulación de la imputación, el allanamiento de MARÍA CRISTINA sea condicionado al cumplimiento de la exigencia prevista para los acuerdos o negociaciones respecto de delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, desconoce que el artículo 293 de la ley 906 de 2004 establece las condiciones y el procedimiento para el allanamiento o la aceptación de la imputación.

Por lo demás, olvida que la interpretación en materia penal es restrictiva, esto es, que debe preferirse la favorable a la odiosa, con mayor razón si de por medio se encuentra la libertad individual del imputado, cuya suerte no puede quedar sujeta a lo que decida una u otra autoridad judicial, sin que de otro lado por dicho motivo se desconozcan los

derechos de las víctimas.

El Cargo no prospera.

Cargo segundo. Con sustento en la causal segunda aduce la violación indirecta de la ley por desconocimiento del debido proceso, considerando que en la audiencia de aprobación y legalización del allanamiento, a la víctima le fue concedida la palabra únicamente para que manifestara la intención o no de iniciar el incidente de reparación integral, con lo cual se vulneraron sus derechos a la justicia, verdad y reparación consagrados en los literales c, e y f del artículo 11 de la ley 906 de 2004.

A partir del modelo de Estado consagrado en la Constitución Política de 1991, el reconocimiento a las víctimas del delito del derecho de obtener no solo la reparación del perjuicio causado con el delito sino también el derecho a la verdad y a la justicia, ha propiciado que su intervención en el proceso acusatorio adquiriera un rol protagónico, configurado a través de distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, al condicionar la exequibilidad de normas bajo el presupuesto de entender que a la víctima le asiste derecho a ser oída.

Así por ejemplo, se ha reconocido a la víctima facultades para solicitar medidas de aseguramiento o de protección, intervenir en la audiencia de formulación de la acusación, oponerse a la petición de preclusión, pedir la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física, hacer observaciones sobre el descubrimiento de un elemento material probatorio o evidencia física específicos, entre otros¹³, quien a través de su abogado puede ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en un acusador más.

En esa misma oportunidad, la Corte Constitucional respecto de las formalidades propias del acto de formulación de la imputación previstas en el artículo 289 de la ley 906 de 2004,

cuya norma se refiere únicamente a la presencia del imputado y su abogado, consideró que para hacer efectiva la intervención de la víctima, debía hacerse efectiva su presencia en la audiencia para garantizar sus derechos y dignificar su condición,

“Dado que en esta etapa de la actuación penal se pueden adoptar medidas de aseguramiento y se interrumpe la prescripción penal, la intervención de la víctima para controlar posibles omisiones o inacciones del fiscal resulta fundamental para la garantía de sus derechos.

Sin embargo, el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, que regula las formalidades de la audiencia de imputación, sólo prevé la presencia del imputado y su abogado, pero no la de la víctima, por lo cual, a fin de permitir su intervención efectiva, se debe garantizar la presencia de la víctima en esta audiencia, y con este fin es necesario condicionar la norma.

Si bien la víctima o su abogado no hacen la imputación, como quiera que no existe una acción penal privada, para la garantía de los derechos de las víctimas es preciso asegurar su presencia a fin de conocer la imputación que haga el fiscal y para proteger sus derechos y dignificar su condición de víctimas.”.

A pesar que las normas relacionadas con los preacuerdos y negociaciones no contemplan la participación de las víctimas, las mismas fueron halladas conforme con la [Constitución Política](#) de manera condicionada, en el entendido que la víctima también puede intervenir en ellos, debiendo ser oída e informada de su celebración por el fiscal, oída igualmente por el juez encargado de aprobarlo, quien al mismo tiempo deberá observar que el mismo no quebrante las garantías del imputado o acusado y de la misma víctima¹⁴.

Sin embargo, ese reconocimiento en ningún momento le otorga a la víctima el derecho de veto, sino simplemente la facultad de ser oída e informada durante su trámite.

Desde dicha perspectiva, no existe duda de la importancia de la intervención de la víctima y del rol adquirido en el procedimiento acusatorio. Sin embargo ninguna razón asiste al censor cuando pretende la nulidad de la actuación, porque a la víctima no se le haya concedido el uso de la palabra para que manifestara alguna objeción o nulidad del allanamiento, ya que el juez está obligado a verificar que el mismo haya sido producto de un acto voluntario, libre y espontáneo del imputado, pues el acto es propio de él y no de la víctima.

Tampoco se discute la obligación del juez de garantizar los derechos de la víctima, los cuales no resultan conculcados porque no haya hecho observación alguna al allanamiento y al momento de serle concedida la palabra le interrogara únicamente por su intención de iniciar o no el incidente de reparación integral, como quiera que por la naturaleza del acto su obligación legal le imponía verificar que el mismo correspondiera a la expresión libre, voluntaria y espontánea del allanado, aprobándolo sin ninguna otra condición tal como se ha dicho.

Si la víctima asistió a la audiencia de aprobación y legalización del allanamiento, el reparo carece de sustento porque el juez que lo avaló por encontrarlo ceñido a los requerimientos legales, no podía exigir una condición no prevista para tal acto, como tampoco la víctima podía demandar su cumplimiento para su aprobación.

Ahora bien, las supuestas violaciones del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación, sustentadas en actuaciones que no se relacionan con esos derechos, en hipotéticas investigaciones contra terceros que correspondería adelantar a la Fiscalía y en hechos que no han sucedido, carecen de demostración.

El hecho denunciado como constitutivo del desconocimiento de la justicia no tiene que ver con el mismo, porque si la imputada aprovechó una decisión judicial para traspasar sus bienes, con cuya actitud dificulta la devolución de lo apropiado o la reparación del daño

causado, es una situación relacionada con el comportamiento de la imputada posterior al delito que puede tener otros alcances legales, pero de ningún modo afecta el derecho que se predica vulnerado.

La posibilidad de investigar en el futuro a terceros aliados de la imputada aún no descubiertos, tampoco impide el conocimiento a la verdad, pues el allanamiento a cargos de uno de los responsables penalmente no precluye la posibilidad de la Fiscalía de proseguir las pesquisas que considere oportunas y necesarias con ese fin, de modo que ningún error procedimental se vislumbra en el hecho de haber aprobado el allanamiento, sin que la imputada hubiera suministrado datos relacionados con la participación de terceros.

Menos aún se encuentra afectado el derecho a la reparación, en tanto que el incidente que permite a la víctima obtener la reparación del perjuicio causado, es posterior a la sentencia de acuerdo con la nueva normatividad, luego sin que sea un presupuesto la restitución del 50% de lo apropiado ilícitamente ni el aseguramiento del pago del remanente para la aprobación del allanamiento a cargos, como tampoco puede confundirse esta condición con aquella obligación, es obvio que el reparo carezca de fundamento.

El cargo no prospera.

Cargo Tercero. Con sustento en la causal primera de casación, aduce la violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación de los artículos 288.3 y 293 de la ley 906 de 2004, cargo en el que discute como en los anteriores la falta de aplicación del artículo 349 de la misma ley.

El reproche contiene los mismos razonamientos de los cargos anteriores, sólo que para justificar el argumento según el cual para la aprobación del allanamiento el juez debe exigir en los delitos que comportan un incremento patrimonial el pago del 50% de lo

apropiado y asegurar la cancelación del remanente, constituyendo un error su legalización sin el cumplimiento de la misma, parte ahora del supuesto desconocimiento de la interpretación sistemática de las normas del procedimiento penal, lo que constituye una deficiencia de técnica pues en caso de prosperar conduciría a la anulación de la sentencia y no a su sustitución o modificación como corresponde de acuerdo con la causal propuesta.

Al margen de esta consideración, con fundamento en la remisión que el artículo 288.3 de la ley 906 de 2004 hace al 351 de la misma normatividad, considera como única interpretación posible que el allanamiento a cargos corresponde a una modalidad de acuerdo, lo que suponía la verificación del cumplimiento de la condición establecida en el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Enseguida reproduce apartes de la sentencia C-059 de febrero de 2010, en la que la Corte Constitucional se pronuncia acerca del alcance y contenido del artículo 349 de la ley 906 de 2004, sin mostrar que la misma tenga aplicación al allanamiento o aceptación de cargos puro y simple, lo que desde luego no podía hacer, porque en dicho fallo por ninguna parte se refiere a dicho instituto, sino que de manera general se habla de los acuerdos o negociaciones, figuras procesales propias de la justicia negociada o consensuada.

Sin embargo, tal manera de argumentar no demuestra el error propuesto sino la particular posición del casacionista, la cual se aparta del criterio de la Sala, puesto que parte del equívoco de considerar al allanamiento como una modalidad de acuerdo por la remisión ya dicha, sin diferenciar que la misma hace referencia a las consecuencias punitivas y no a la naturaleza del instituto.

Por lo demás, el Tribunal ofrece las razones suficientes por las cuales considera que el allanamiento no es una modalidad de acuerdo, su aprobación y legalización no exige la

condición prevista por el artículo 349 de la ley 906 de 2004, teniendo en cuenta las disposiciones que regulan las mismas, apoyadas en salvamentos de voto y en decisiones de tutela que se acompasan con la tesis que en la actualidad sostiene la Sala.

Por eso se ocupa de señalar los distintos estadios procesales en los que el imputado o acusado puede allanarse o aceptar los cargos, las compensaciones punitivas previstas en la ley para cada uno de ellos y lo que la jurisprudencia tiene dicho sobre el tema, concluyendo que su decisión respeta precedentes jurisprudenciales y que ningún defecto o irregularidad encuentra en la decisión de la aprobación del allanamiento por el juez del conocimiento.

Puesto que el censor acude a su posición personal, fundada en una interpretación sistemática supuestamente soslayada por el Tribunal al no coincidir la decisión con lo expuesto en la demanda, deja de demostrar el error denunciado para imponer criterios superados por la Sala, sin que de otro lado indicara cuál fue la clase de interpretación seguida por el ad quem y mostrara cómo la misma era equivocada frente al problema jurídico por resolver.

El cargo no prospera.

Ahora bien, en su labor pedagógica, estima la Sala propicia la oportunidad para expresar su pensamiento en torno a una modificación normativa introducida recientemente por la L. 1453 del 24 de junio de 2011 y que para nada se muestra extraña con la temática acabada de examinar, como que se edifica sobre las formas de aceptación de cargos, entendidas éstas en sus especies de allanamiento y preacuerdos, y en concreto en torno a las rebajas de pena como fruto de la aceptación de responsabilidad.

Desde la expedición de la L 906/04 el legislador previó tres oportunidades para que el imputado pudiera allanarse a los cargos: (i). en la audiencia de imputación (arts. 288-3 y

351 inc. 1); (ii). en la audiencia preparatoria (art. 356-5), y (iii). en el juicio oral (art. 367 inc. 2). Asimismo, precisó tres espacios para efectos de llevar a cabo preacuerdos con la fiscalía, así: (i). en la audiencia de imputación (art. 351); (ii). una vez presentada la acusación, entendida como radicado el respectivo escrito, y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (art. 352); y (iii). en el juicio oral, a través de las llamadas manifestaciones de culpabilidad preacordadas (art. 369).

En principio, la ley ha señalado una rebaja común a las dos especies de aceptación de cargos en la primera oportunidad de hasta la mitad de la pena. Para la segunda hasta de una tercera parte para el allanamiento (art. 356-5) y de una tercera parte para el preacuerdo (art. 352 inc. 2), en tanto que para la última, de una sexta parte si se trata de aceptación unilateral (art. 365 inc.) y la pretensión punitiva que exprese el fiscal, en el evento de la culpabilidad preacordada (art. 370).

Ahora bien, cuando la regulación normativa, aludiendo a las rebajas de pena, les impone un ámbito de movilidad (hasta la mitad, hasta la tercera parte) lo hace bajo un doble propósito: que si se trata de preacuerdos exista el margen de negociación entre fiscal e imputado, y que en el evento del allanamiento sea el juez quien tenga el manejo discrecional de tal oscilante reducción, facultad ésta que -como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sala- no puede obedecer a aspectos como la gravedad del delito, la entidad del daño causado, la naturaleza de las circunstancias concurrentes, etc., en la medida en que el uso de tales baremos ya se agotó a la hora de individualizar la pena al interior del respectivo cuarto.

Los factores a tener en cuenta para efectos de mayor o menor aproximación al monto máximo de reducción deben obedecer a criterios post delictuales, tales como el alcance del aporte benéfico a la investigación en aspectos como el descubrimiento de otros partícipes o de otras conductas punibles, la reparación a las víctimas, la mayor o menor

economía procesal originada en la aceptación de los cargos, etc.

Ha sido justamente ésta última una de las referencias a valorar a la hora de concretar el monto de la rebaja en el allanamiento, la que unida a la colaboración en la búsqueda de la verdad que genera la admisión de responsabilidad, se ofrecen como los referentes que sirven al juez para tal misión. No es sólo el ahorro en el trámite procesal lo que apareja un significativo descuento punitivo; tan importante –o más que aquél– es el descubrimiento de la realidad material, porque sin duda una oportuna aceptación de cargos facilita en grado extremo el juicio de responsabilidad.

Pues bien, sobre esos pilares es donde la jurisprudencia de la Corte ha sentado su criterio relativo a que en los casos de flagrancia, cuando no van acompañados de un plus de colaboración, la rebaja de pena no puede alcanzar el 50%, así la economía procesal sea mayúscula, como por ejemplo cuando la aceptación de cargos se produce a escasas horas de cometido el delito. Y un tal planteamiento ha llevado a la Sala a estimar que ese premio punitivo puede ser del orden del 35 o del 40%, en la medida en que debe ser superior –en todo caso– a una tercera parte más un día, dado que el acogimiento a los cargos se ejecuta en la primera oportunidad.

En ese contexto no hay duda que la proporción extrema no puede operar, en la medida en que –por regla general– de una situación de flagrancia normalmente se derivan sin mayor dificultad los elementos de convicción que permiten –así sea con agotamiento del trámite normal– el proferimiento de un fallo condenatorio. El apoyo que a la sentencia ofrece el allanamiento en un caso de flagrancia no es otro que el de la simple economía procesal y el premio a esa sola consecuencia se refleja justa y proporcionalmente en el 35 ó 40% que viene predicando la Sala¹⁵.

Y no cavila el juicio para estimar que ha sido esa posición de esta Sala la que sirvió al legislador de 2011, para que a través del artículo 57 de la L. 1453 de junio 24, al modificar

el artículo 301 de la L. 906/04, relativo a la hipótesis de referencia, dispusiera en el párrafo único que “la persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá un cuarto del beneficio de que trata el art 351 de la Ley 906 de 2004”, dispositivo éste que en razón a no ofrecer la claridad que se espera de una norma procesal con efectos sustanciales, ha dado pie a que los operadores judiciales y todos aquellos ligados al trámite de procesos penales ofrezcan su propia interpretación. Es, entonces, a propiciar la unificación de la jurisprudencia como una de las funciones medulares de la Sala de Casación Penal, a donde se dirige esta inicial exposición del pensamiento de la Corporación.

No cabe duda que esta nueva reglamentación sobre los efectos de las hipótesis del artículo 301 es una expresión del poder de configuración del legislador, y así ha de entenderse y aceptarse, originada tal manifestación en que el sorprendido en flagrante delito no aporta –per se- mayor colaboración a la sentencia condenatoria. Regularmente en esas condiciones, con aceptación de cargos o sin ella, surge el mérito para condenar.

Perfecta y válidamente puede la ley introducir diferencias respecto del tratamiento procesal con efectos punitivos, entre quien es sorprendido en flagrancia y aquél que sin estar en esa condición con su aceptación de responsabilidad aporta directa y personalmente fundamentos para la condena, y no derivada –como en la flagrancia- de las circunstancias fácticas en que se produce la aprehensión.

Recuérdese cómo el tratamiento procesal a este instituto jurídico no ha sido ajeno a regulaciones normativas especiales, pues al fin y al cabo también es especial una situación de esa naturaleza. Así por ejemplo, en el Decreto 050 de 1987 se previó que –entre otro- en casos de flagrancia el trámite a seguir sería el abreviado allí mismo regulado. Asimismo, vale la pena anotar que tanto en el Dcto. 2700/91 (art. 299) como en la L. 600/00 (art. 283), se exceptúan de la rebaja por confesión los casos de

flagrancia.

Ahora bien, alrededor del novedoso párrafo del modificado art. 301 de la L 906/04, puede advertirse que es una inconsistencia más del legislador de los últimos años, como cuando previó que para un delito con pena mínima de 4 años eran procedentes tanto la detención preventiva como una medida no privativa de la libertad (cf arts 313-2 y 315), ó como cuando en temas de allanamiento a cargos en la audiencia preparatoria (art 356-5) señaló que la reducción de pena sería de hasta una tercera parte “conforme lo previsto en el art 351”, referencia ésta a una actuación procesal ya agotada para ese momento.

Aun así, en esta última hipótesis, nadie ha dudado que sobre el descuento de hasta la tercera parte en la preparatoria para nada incide la proporción “hasta de la mitad” reglada en el art 351. Lo claro es que “hasta la tercera parte” de la preparatoria se predica y se aplica es de la pena individualizada en la sentencia y no del referente del 351. Es la anterior –en esencia- la misma regulación hecha en la nueva legislación cuando el monto de la $\frac{1}{4}$ parte lo relaciona por remisión al art 351.

Ahora, algunos consideran que como no se modificaron otras normas que regulan rebajas posteriores a la imputación, como por ejemplo el 356-5 en audiencia preparatoria, esta reducción quedó incólume y por esa vía el imputado podría abstenerse de aceptar cargos en la audiencia inicial y en cambio sí admitirlos ya en el juzgamiento y de esa forma hacerse acreedor hasta de la $\frac{1}{3}$ parte de rebaja. Esta es una tesis inaceptable porque de prohijarse se estaría atentando contra la propia filosofía del instituto jurídico, la cual se edifica en el presupuesto de que a mayor colaboración y mayor economía procesal más significativa ha de ser la respuesta premial y carecería de toda lógica que a un procesado (cuya condición de flagrancia se extiende a lo largo de la actuación) se le concediera una reducción más alta frente a unos cargos ya estructurados en la acusación, cuando el Estado tuvo que agotar íntegramente la etapa de investigación, que a

aquel que voluntaria y conscientemente desestimó la primera oportunidad para admitir responsabilidad en un momento en que apenas subyacía una imputación. Una tesis así, no sería más que una trampa al querer del legislador.

Con el nuevo mecanismo se varió en la ley el esquema de las rebajas o los parámetros para hacerlas efectivas frente a la captura en flagrancia, porque antes -frente a la aceptación de cargos- entre más cercana o lejana a la imputación, la reducción era gradualmente mayor o menor, para cambiarlo ahora, ya no por la gradualidad o avance en la investigación o juzgamiento sino en virtud de una condición personal como la flagrancia. Lo que impera ahora es esa consideración personal y no ya una calificación cronológica procesal, que es lo que a la postre permite diferenciar las rebajas ordinarias (hasta la $\frac{1}{2}$, hasta la $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{6}$). Un panorama procesal como el establecido en la ley 1453/11, no hay duda, encuentra cabida en el poder de configuración legislativo.

Así las cosas, los verdaderos sentido y alcance de la restricción de $\frac{1}{4}$ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento, o por preacuerdo con el Fiscal.

Finalmente no debe desatenderse que respecto de la modificación legislativa en comento hay suficiente mérito para predicar la favorabilidad, dada la naturaleza de norma procesal con efectos sustanciales. Así, entonces, para los delitos cometidos bajo la original ley 906, esto es, antes de la ley 1453, esta restricción a una $\frac{1}{4}$ parte de la pena para los casos de aceptación de cargos no tiene aplicación, en razón a su carácter restrictivo.

De igual modo, la favorabilidad resulta efectiva por igual respecto de procesos seguidos por Ley 600 de 2000, ofreciéndose viable esta garantía en una doble vía,

vale decir, en un comienzo respecto del referente de una 1/3 parte (Ley 600 de 2000, art 40), así como en relación las rebajas previstas en la Ley 906 de 2004, esto último conforme la reiterada jurisprudencia que reconoce la similitud entre los institutos de la sentencia anticipada de ayer y los allanamientos de hoy.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por el representante de la víctima.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
PEREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

Salvamento parcial de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
LEMON

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN
SALAMANCA

JULIO E. SOCHA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar parcialmente el voto respecto de lo decidido en el presente asunto, pues considero que la solución encontrada por la Corte a la aparente inadvertencia del legislador no puede pasar por suplantarla. Mucho menos, si esa asunción de competencias ajenas produce resultados paradójicos, termina por vulnerar el principio de legalidad y representa interpretación “contra rei”.

Al respecto, lo primero que debo señalar es que, verifico ajeno al objeto de discusión del fallo del cual me aparto, el tema referido a la modificación legal que se hizo del porcentaje de reducción de pena por allanamiento a cargos, cuando la persona es sorprendida en flagrancia, pues, incluso, así expresamente se deja sentado en la decisión. Ello, conozco, debería conducir a que esta manifestación de inconformidad formalmente se plasmase como simple aclaración de voto.

Empero, como la Sala entiende necesario abordar el examen de un tema ajeno a lo discutido, estimándolo propio de la “labor pedagógica” que le compete y, desde luego, lo pretendido es servir de guía a la labor judicial, tan comprometida hoy por la falta de definición sobre la materia, advierto que mi alejamiento de la tesis mayoritaria representa algo más que la simple aclaración y por ello estimé necesario plantear el disenso como forma de salvamento.

Hecha la aclaración, he de partir por significar, para que no se entienda mal el efecto de lo que la Sala señaló en el fallo de casación, que esa manifestación en el plano formal y material corresponde a un obiter dictum y, en consecuencia, no se trata de un

pronunciamiento de obligatorio seguimiento para los jueces o magistrados de tribunal, acorde con lo que la Corte Constitucional y esta misma Corporación han puntualizado sobre el particular.

Por ello, no puedo compartir esa afirmación efectuada en el párrafo primero del folio 39, referida a que “Es, entonces, a propiciar la unificación de la jurisprudencia como una de las funciones medulares de la Sala de Casación Penal, a donde se dirige esta inicial exposición del pensamiento de la Corporación”.

Nunca, lo digo con profundo respeto, esa tesis que en nada incide para la decisión final tomada y ni siquiera se emparenta con lo discutido en casación, puede servir de base, de hito, de guía o siquiera de manifestación fundacional para que sobre ella se construya la “unificación” querida, simplemente porque no comporta naturaleza de jurisprudencia, ni mucho menos, posee la virtualidad de obligar a su seguimiento o cumplimiento respecto de casos análogos.

Apenas para referenciar el más reciente pronunciamiento que sobre el particular ha hecho la Corte, en trámite de única instancia se sostuvo¹⁶:

“Sobre el tema, en la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional, bajo el interrogante ¿Cómo resultan vinculantes las decisiones judiciales?, reseñó:

“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.¹⁷ Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de

manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto”.

Ahora, no se trata apenas de que la *ratio decidendi* de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.

Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera.”

Así las cosas, no puede servir el pronunciamiento del cual me aparto, de hito jurisprudencial para el futuro.

Y si lo fuese, también lo digo con enorme respeto, cuando menos cabría esperar que esa manifestación de lo que la Corte estima mejor forma de superar el aparente contrasentido de la norma, tuviese tal claridad que efectivamente resolviese la cuestión problemática y permitiese de los jueces conocer sin dubitación cómo se debe actuar en asuntos similares.

No es así, debo señalarlo, pues, no se entiende con precisión si lo que se decidió es trasladar esa rebaja de la cuarta parte a cada uno de los momentos y etapas en las cuales puede tener lugar el allanamiento o acuerdo. Esto es, que si el allanamiento ocurrió en la audiencia de formulación de imputación se rebaje la cuarta parte de hasta el cincuenta por ciento de reducción consagrado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004; esa misma cuarta parte respecto de la reducción de hasta la tercera parte que opera en la audiencia preparatoria, acorde con el artículo 356 ibídem; y la misma proporción en el baremo fijo de la sexta parte de la pena que por allanamiento se establece al inicio de la audiencia de juicio oral.

O, como parece decirse en el fallo del cual me aparto, que ya no importa en cuál momento se realice la aceptación de cargos (unilateral o bilateral), siempre se hará una reducción de una cuarta parte de la pena impuesta, dado el fenómeno de la flagrancia.

Esto último se extracta del apartado en el cual se sostiene que “Con el nuevo mecanismo se varió en la ley el esquema de las rebajas o los parámetros para hacerlas efectivas frente a la captura en flagrancia, porque antes -frente a la aceptación de cargos- entre más cercana o lejana la imputación, la reducción era gradualmente mayor o menor, para cambiarlo ahora, ya no por la gradualidad o avance en la investigación o juzgamiento sino en virtud de una condición personal como la flagrancia...”

Y se agrega: “Así las cosas, los verdaderos sentido y alcance de la restricción de $\frac{1}{4}$ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento, o por preacuerdo con el Fiscal”.

La confusión estriba en que el argumento se desdice desde sus mismos antecedentes, pues, un párrafo antes, para negar la posibilidad que el porcentaje de disminución de la cuarta parte de la pena por flagrancia, sólo operase, como expresamente lo consagra la modificación legal, respecto del beneficio de hasta el cincuenta por ciento establecido para la audiencia de formulación de imputación, advirtió la Sala que “Esta es una tesis inaceptable porque de prohijarse se estaría atentando contra la propia filosofía del instituto jurídico, la cual se edifica en el presupuesto de que a mayor colaboración y mayor economía procesal más significativa ha de ser la respuesta premial y carecería de toda lógica que a un procesado (cuya condición de flagrancia se extiende a lo largo de la actuación) se le concediera una reducción más alta frente a unos cargos ya estructurados en la acusación, cuando el Estado tuvo que agotar íntegramente la etapa de investigación, que aquel que voluntaria y conscientemente desestimó la primera oportunidad para admitir responsabilidad en un momento en que apenas subyacía una imputación. Una tesis así no sería más que una trampa al querer del legislador.”

De entrada se verifica completamente antinómica la conclusión con su sustento, pues, precisamente decidir que siempre la rebaja será de la cuarta parte de la pena, sin importar cuándo opera el allanamiento o negociación, desdice de esa manifestación encaminada a proteger la filosofía del instituto, y representa la “trampa al querer del legislador”, que según lo transcripto es inaceptable.

Pero, además, el resultado de aplicar la fórmula propuesta en la decisión que no

comparto, termina por contradecir abiertamente la tesis que lo soporta, en tanto, como inadvertidamente lo pasó por alto la mayoría, la simple tabulación matemática conduce al resultado paradójico que quien fue sorprendido en flagrancia, termina recibiendo una proporción de rebaja mayor a aquel que no soporta esa condición.

En efecto, para recurrir a un ejemplo simple, partiendo de la base de que ya lo importante no es la gradualidad en la aceptación de cargos -unilateral o bilateral-, sino la condición "personal" de flagrancia, siempre se reducirá la cuarta parte de la pena.

Entonces, si el delito amerita una pena individualizada de 6 años y la persona, sorprendida en flagrancia, se allana a cargos en la audiencia de formulación de imputación, recibe un descuento de esa cuarta parte -equivalente a 18 meses-, con lo cual la sanción asciende a 54 meses.

Igual pena se le aplicará si la aceptación de cargos se presenta en la audiencia preparatoria, o si ello ocurre al inicio del juicio oral, vale decir, siempre la sanción será de 54 meses de prisión.

Sucede, empero, que si la persona no capturada en flagrancia decide aceptar cargos al inicio del juicio oral, debe seguirse la regla general, dado que lo modificado por la nueva ley sólo opera para casos de flagrancia, y, por ello, se le ha de rebajar la suma fija de una sexta parte de pena -esto es, un año, de los seis fijados-, de lo cual se sigue que su sanción asciende a 60 meses de prisión, superior a la de aquel capturado en flagrancia.

Palpable el desatino de entregar mayor rebaja a quien fue sorprendido en flagrancia, ostensible se ofrece también que lo propuesto por la Sala mayoritaria desdice del fundamento que lo soporta y, así, se torna inane esa manifestación contenida en la providencia referida a que "Perfecta y válidamente puede la ley introducir diferencias respecto del tratamiento procesal con efectos punitivos, entre quien es sorprendido en

flagrancia y aquél que sin estar en esa condición con su aceptación de responsabilidad aporta directa y personalmente fundamentos para la condena, y no derivada -como en la flagrancia- de las circunstancias fácticas en que se produce la aprehensión.”.

Esta sola contradicción, que desvirtúa el fundamento de lo concluido por la Sala, debe ser suficiente para que se reflexione acerca de los efectos absurdos que seguir la tesis puede producir y llame a que se encuentren otras formas de mejor solucionar el aparente contrasentido de la norma contenida en la Ley 1453 del presente año.

Porque, desde otro ángulo de visión, lo consignado por la Sala a manera de propuesta representa ni más ni menos una indebida intromisión en el ámbito de configuración del legislador, como quiera que, so pretexto de consultar su “espíritu” o querer, termina por suplantarlos, al extremo de hacer decir a la norma lo que ella nunca dijo, ni pretendió afirmar.

De esta manera, el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 en cita, que modifica el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, claramente señala: “La persona que incurra en las causales anteriores (es sorprendida en flagrancia, aclaramos) solo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004”.

La norma no dice, por mucho que se apele a la retórica o se busquen fundamentos en los efectos probatorios de la flagrancia, que ese cuarto de reducción por aceptación de cargos opere sobre la pena impuesta. No, expresa y claramente, sin lugar a equívocos, remite al “beneficio” contemplado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, y éste no es otro diferente a la reducción de “hasta de la mitad de la pena imponible”.

Cuando la Sala mayoritaria señala sin fórmula de juicio que esa remisión al artículo 351 es intrascendente o un error, olvida que además de aludir a la norma en cuestión, el párrafo examinado utiliza el término “beneficio”, con lo cual

inequívoco se advierte el interés no de rebajar una cuarta parte de toda la pena individualizada, sino de atemperar la largueza de esa proporción de hasta la mitad consagrada en el artículo 351.

Desde luego que la interpretación acogida en la decisión de la cual me aparto, desnaturaliza por completo ese poder de configuración legislativo que dice querer respetar, pero además construye una tesis completa que en nada se emparenta con la norma o sus efectos, en tanto, por mucho que se pretenda examinar el contenido del párrafo a través de interpretaciones extensivas o incluso teleológicas, jamás de allí podrá extractarse esa *sui generis* postura de que allí, velado o enmascarado, se halla un núcleo sustancial que permite verificar cómo la reducción ya es de una cuarta parte de la pena individualizada –no del beneficio– y se hace extensiva a todas las etapas o momentos procesales en los cuales puede haber negociación o aceptación unilateral de cargos en el sistema acusatorio.

Por lo demás, si se tiene claro que de la norma tanto no se ofrece al intérprete, el campo escogido por la Sala mayoritaria se evidencia violatorio del principio de legalidad y, por contera, del debido proceso y del principio *favor rei*, en cuanto, para decirlo simplemente, en contra del procesado capturado en flagrancia (cuando menos en lo que toca con la posibilidad de aceptar cargos en la audiencia preparatoria, ya que lo pasible de ocurrir al inicio del juicio oral comporta el contrasentido arriba advertido), se modifican las reglas procedimentales con efectos sustanciales establecidas en la ley, para aplicar en su contra una reducción de beneficios que expresamente no se contempla allí.

El que se haya incurrido en un error de omisión por parte del legislador, si de esa forma se quiere ver, y ello desnaturalice el cometido de la reforma, no autoriza para que el intérprete lo suplante, al punto de modificar completamente la esencia y efectos de la norma.

Incluso, no puede ser que a la flagrancia se le haga producir efectos absolutos, al extremo de desvirtuar completamente la naturaleza de la justicia premial y, en consecuencia, sin que la norma lo diga ni haya sido ese el querer del legislador, de un plumazo se borre de tajo la gradualidad inserta en la aceptación de cargos, para decir que es lo mismo allanarse a ellos en la audiencia de formulación de imputación, que actuar de igual forma al inicio del juicio oral, pasando por alto que la razón de ser de la mayor reducción al inicio del trámite penal, representa no tanto la existencia de elementos de juicio para condenar, sino el evidente e inocultable ahorro en tiempo y logística que ello apareja.

En la práctica, esa decisión conducirá a que de forma innecesaria y con enorme gasto para la justicia –que no sólo se mide en tiempo de audiencias del juez, sino en esfuerzo investigativo de la Fiscalía y en la presencia o citación de muchos profesionales- el procesado adopte como estrategia esperar el desarrollo del proceso y ya al comienzo del juicio, dado que recibirá la misma rebaja que si lo hiciera cuando el asunto apenas se inicia la investigación, se allana a cargos.

El tema, sobra decir, no es solo probatorio, atinente al fenómeno de la flagrancia –que, por lo demás, no necesariamente garantiza una sentencia de condena, sino que, en ocasiones, problematiza más el asunto ante la necesidad de buscar cualquier medio defensivo dado que ya no se accede a rebaja sustancial por allanamiento a cargos-, sino que dice relación con la necesidad de evitar que todos los procesos lleguen a la fase del juicio, ante la imposibilidad física y logística de tramitarlos en tiempo prudencial si antes no se decantan por la vía del principio de oportunidad, la preclusión o la justicia premial.

Consideramos, finalmente, que ante las paradojas producidas por la norma improvidentemente redactada, podría acudirse a la excepción de inconstitucionalidad, ya que, no importa cómo se interprete ella, siempre conduce a resultados que afectan principios penales basilares.

Ya se vio el efecto que produce –sobre el principio de legalidad, el debido proceso y el principio favor rei- extender sus efectos a la audiencia preparatoria y el inicio de la audiencia de juicio oral.

Pero, si apenas se aplica a la audiencia de formulación de imputación, como surge de la redacción de la norma, se violenta grandemente el principio de igualdad y la filosofía misma de la rebaja por allanamiento a cargos que, como se dijo antes, parte de la gradualidad sometida al momento en que ocurre esa aceptación de responsabilidad y su incidencia en el ahorro de esfuerzo de la judicatura. Así, obviamente, asoma paradójico que quien se allana a último momento, reciba más rebaja que aquel que aceptó los cargos desde un comienzo.

Espero finalmente que, como se dice en la providencia de la cual me aparto, la referencia al tema apenas constituya “inicial exposición del pensamiento de la Corporación”, a cuyo cobijo una más exhaustiva revisión, que tome en consideración lo antes reseñado, conduzca a mejor solución y, desde luego, sirva de faro cierto al quehacer judicial.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

6 de septiembre de 2011

1 Sentencia de marzo 14 de 2001, Tribunal Superior de Bogotá; folios 35, 36 de la carpeta de segunda instancia.

2 Casación de agosto 23 de 2005, radicación 21954.

3 Casación de diciembre 14 de 2005, radicación 21347.

4 Casación mayo 4 de 2006, radicación 24531. En el mismo sentido, casación mayo 23 de 2006, radicación 25300.

5 Casación mayo 4 de 2006, radicación 24531.

6 Casación abril 8 de 2008, radicación 25306.

7 Ídem.

8 Casación de julio 8 de 2008, radicación 31063.

9 Auto de septiembre 13 de 2010, radicación 34493.

10 “En cuanto a la naturaleza, los preacuerdos y las negociaciones representan una vía judicial encaminada a la simplificación de los procesos mediante la supresión parcial o total del debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes del proceso.” y “No incorporan el ejercicio de un poder dispositivo sobre la acción penal, sino la búsqueda, a través del consenso, de alternativas que permitan anticipar o abreviar el ejercicio de la acción penal.”; sentencia C-516 de julio 17 de 2001.

11 Sentencia segunda instancia, mayo 14 de 2009, radicación 29473.

12 Sentencia segunda instancia, abril 27 de 2011, radicación 34829.

13 Corte Constitucional, sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007.

14 La Corte Constitucional mediante la sentencia C-516 de julio 7 de 2007, declaró exequibles los artículos 348, 350, 351 y 52 de la ley 906 de 2004, bajo dicho condicionamiento.

15 Al respecto ver providencias: Rad. 30273 (09/12/2010); 27263 (29/07/2008); 33754 (15/06/2011); 29902 (09/12/2010); 28222 (30/06/2010); 31061 (24/03/2010); 30550(24/03/2010).

16 Auto del 1 de agosto de 2011, radicado 29877

17 Sobre los conceptos de ratio decidendi y obiter dicta ver las siguientes providencias: SU-168/99, (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-961/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-937/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), Auto A-016/00 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), T-022/01 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), T-1003/00 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).