

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrados ponentes

AP3393-2016

Radicación 47860

Aprobado acta número 167

Bogotá, D. C., primero (1º) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala se pronuncia sobre los requisitos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación presentada por la defensora de ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Buga, que revocó parcialmente la proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Conocimiento de Descongestión de Palmira y, en su lugar, negó a la acusada el beneficio de la prisión domiciliaria para padres y madres cabeza de familia.

I. HECHOS

El 22 de agosto de 2014, en cumplimiento de la orden expedida por la Fiscalía 148

Seccional de Palmira con ocasión de la información obtenida sobre la presunta venta y almacenamiento de narcóticos, agentes de la SIJIN allanaron la vivienda ubicada en la carrera 11 con calle 3B de ese municipio.

En desarrollo de la diligencia, los uniformados descubrieron marihuana en cantidad aproximada de 6000 gramos, almacenada de manera fraccionada en distintas habitaciones de la edificación.

El hallazgo determinó la captura de ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO y su compañero sentimental Brand Jojoa Edinson, quienes dijeron residir allí, así como de Sandra Patricia Castro Cruz, que en ese momento se encontraba en el inmueble.

II. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 23 de agosto de 2014, en audiencia celebrada ante el Juzgado 6° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira, la Fiscalía legalizó la captura de GÓMEZ OROZCO, Brand Jojoa y Castro Cruz, a quienes formuló imputación como autores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en la modalidad de almacenar. Ninguno de ellos aceptó los cargos y, a instancias de la acusación, fueron afectados con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2. Los imputados Brand Jojoa y GÓMEZ OROZCO suscribieron sendos preacuerdos por virtud de los cuales aceptaron su responsabilidad en el delito investigado. A cambio de ello, la Fiscalía les atribuyó la calidad de cómplices de la conducta punible y fijó como penas a imponer las de 48 meses de prisión y multa de 62 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El 5 de marzo de 2015, el Juzgado 3° Penal del Circuito de Conocimiento de

Descongestión de Palmira aprobó el pacto y condenó a los procesados a las penas convenidas. De igual manera y en atención a la solicitud elevada por la defensa, concedió a ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO la prisión domiciliaria para padres y madres cabeza de familia, por encontrar satisfechas las exigencias establecidas en la Ley 750 de 2000 para tal fin¹.

3. La decisión fue recurrida por la Fiscalía, que pidió su revocatoria únicamente en relación con el otorgamiento del referido beneficio. Mediante sentencia de diciembre 16 de 2015, el Tribunal Superior de Buga acogió la censura, revocó la prisión domiciliaria dispuesta en favor de la condenada y ordenó su reclusión en un centro penitenciario².

4. Contra el fallo de segunda instancia, la mandataria judicial de ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO interpuso³ y sustentó⁴ oportunamente el recurso extraordinario de casación.

II. LA DEMANDA

Al amparo de la causal establecida en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, propone la casacionista como único cargo la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción, «al imponer una tarifa legal probatoria que no consagra la ley penal».

Aduce que el Tribunal revocó el beneficio de prisión domiciliaria porque consideró que no se probó que GÓMEZ OROZCO tuviera la condición de madre cabeza de familia, conclusión a la que llegó porque asignó a la demostración de esa circunstancia una tarifa legal que no existe en la legislación vigente.

En ese entendido, dice, fue aportada una certificación escolar en la que consta que durante el año 2014 fue ella la acudiente de sus dos hijas menores de edad, así como

tres declaraciones extra juicio que dan cuenta de que la acusada tiene a su cargo el cuidado económico y afectivo de las niñas, es decir, que ejerce como cabeza de su hogar; a pesar de ello, la Corporación no tuvo por acreditada tal condición porque echó de menos «un informe técnico o de un profesional que (la) corrobore», desconociendo así que «no exist(e) un (sic) tarifa legal probatoria para la demostración de la calidad de madre cabeza de familia».

Con ese razonamiento, entonces, el cuerpo colegiado «les dio un valor indispensable a dichas pruebas, las cuales...no son exigidas por la ley sustancial colombiana».

Además, el Tribunal también consideró que no se allegó prueba de la afectación emocional que podrían sufrir las menores de ser separados de su progenitora, con lo cual perdió de vista que esa circunstancia «parte de las reglas de la lógica» y, por lo tanto, no requiere demostración.

Alegado lo anterior y luego de disertar extensamente sobre el instituto de la prisión domiciliaria para padres y madres cabeza de familia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la recurrente señala que ROSA INÉS GÓMEZ cumple con todos los requisitos para obtener el beneficio porque, además de tener la aludida condición, no fue sentenciada por uno de los delitos excluidos, carece de condenas previas, sus dos hijos menores de edad están a su cargo y sus antecedentes de todo orden son favorables, como se desprende de los plurales medios de conocimiento que fueron aportados oportunamente para sustentar la solicitud.

De acuerdo con lo expuesto, la demandante pide a la Sala «casar la sentencia de segunda instancia» y, en su lugar, conceder «la prisión domiciliaria a...GÓMEZ OROZCO, por ostentar la calidad de madre cabeza de familia y haber cumplido con los requisitos que la ley y la jurisprudencia exigen para tal fin».

III. CONSIDERACIONES

1. La casación es un recurso extraordinario y reglado que les permite a los interesados cuestionar, ante la máxima autoridad de la justicia ordinaria, la correspondencia de un fallo de segundo grado con el ordenamiento jurídico.

Dicha confrontación repercutirá si se descubre en la sentencia algún error de trámite o de juicio jurídicamente trascendente, ya sea propuesto por el recurrente o advertido de oficio por la Corte.

Una decisión ajustada a derecho, por el contrario, es aquella que logra sobrevivir racionalmente a la crítica. Y esta última será irrelevante si no refuta la providencia, es decir, si no demuestra, bajo los parámetros jurisprudenciales dirigidos a la adecuada demostración de un yerro, que riñe en aspectos sustantivos con la [Constitución Política](#), la ley o los principios que las rigen.

De ahí que el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, normatividad procesal aplicable a este asunto, establece que no será seleccionada la demanda cuando quien la interpone «no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso».

2. En el caso que se examina, la Sala no admitirá la demanda presentada por la mandataria judicial de ROSA INES GÓMEZ porque el cargo invocado carece de sustento jurídico y la controversia que plantea puede desestimarse sin necesidad de examinar el fondo de la actuación.

Importa recordar, en primer lugar, que el recurso extraordinario no puede ser utilizado para discutir los fundamentos probatorios y jurídicos de las sentencias

atacadas como si de una tercera instancia se tratara, menos aún, mediante alegaciones permisivas de colegir el propósito de imponer el particular criterio del demandante sobre el acogido por los Juzgadores, el cual está revestido de presunción de acierto y legalidad. Por lo tanto, prevalecerá siempre en esta sede sobre cualquier otra opinión discrepante.

En ese entendido, quien pretende la admisión de la impugnación extraordinaria tiene la carga de evidenciar, a través de un escrito lógico y ceñido a la técnica propia del recurso, la ocurrencia de un yerro de trámite o de juicio que permita suponer la inconformidad de las providencias censuradas con el ordenamiento jurídico.

En el caso de la violación indirecta de la ley sustancial derivado de un error de derecho por falso juicio de convicción, éste se configura cuando el juzgador le niega a una prueba el valor que expresamente le ha sido asignado por la normatividad, o cuando, por el contrario, le atribuye un mérito que legalmente no le corresponde.

De ahí que corresponde al peticionario demostrar de manera clara y suficiente el desconocimiento de una tarifa legal en el proceso de apreciación probatoria, o bien que el fallador aplicó una restricción de esa naturaleza que no existe en el ordenamiento jurídico, en perjuicio del principio de libertad probatoria.

Pero la acreditación formal del dislate no resulta suficiente para hacer viable la demanda de casación, porque su admisión exige, además, la constatación de que el error denunciado es trascendente, es decir, que su corrección debe ser suficiente para derribar los fundamentos del fallo atacado y suscitar su rescisión por haber incidido directamente en la adopción de la decisión censurada.

3. Que en el esquema de enjuiciamiento penal establecido por la Ley 906 de 2004 rige el principio de libertad probatoria es algo que no admite ninguna controversia, pues el artículo 373 de esa codificación expresamente dispone que «los hechos y circunstancias

de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en (ese) código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos». Así, por demás, lo ha reconocido la Sala de manera consistente y reiterada⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente asunto la simple contrastación entre la sentencia de segunda instancia y la demanda de casación permite afirmar que esta última carece de fundamento y que las alegaciones de la recurrente responden en realidad a la sola discrepancia con el mérito probatorio que el Tribunal atribuyó a los documentos aportados por aquélla para sustentar la solicitud de prisión domiciliaria.

En efecto, al decidir sobre la pretensión de concesión del beneficio, dicha Corporación indicó:

«...la Sala advierte que en la foliatura no quedó evidenciado que las hijas menores de edad...se encuentren en completo desamparo, ni sus derechos fundamentales en peligro de no ser salvaguardados con el cuidado, atención ejemplo y guía por parte de su progenitor, sus abuelos, tíos o personas que eventualmente pudieron estar a cargo de éstas desde que se dio captura a la aquí implicada.

(...)

...no le asiste razón al a quo cuando afirma que la defensa demostró a plenitud la calidad de madre cabeza de familia de su representada, pues el Tribunal echa de menos el informe de visita socio familiar, el arraigo socioeconómico, pronóstico psicológico de las menores o cualquier otro estudio acucioso que indique que nos encontramos frente a una situación fáctica en la cual el derecho superior de las menores...deba prevalecer sobre las decisiones judiciales de encarcelamiento...

(...)

...no se demostró la usencia (sic) absoluta de familiares o personas adultas allegadas a la familia y que eventualmente pudieran velar por los intereses primarios de las menores, pues el conjunto de EMP probatorios (sic) aportados por la defensa en nada hacen referencia a su grupo familiar y social...»6.

A simple vista, pues, se advierte que el Tribunal no aplicó una inexistente tarifa legal al examinar las pruebas aportadas por la defensa, sino que, al valorarlas de manera integral y conjunta, entendió que aquéllas carecen de la entidad demostrativa suficiente para tener por probada la condición de cabeza de familia, porque, en su criterio, el contenido material y objetivo de dichos documentos no indica que otros miembros del núcleo familiar se encuentren del todo ausentes o estén física, sensorial o moralmente incapacitados para asumir la guarda afectiva y económica de las infantes.

La relación efectuada por la segunda instancia al «informe de visita socio familiar, el arraigo socioeconómico, pronóstico psicológico de las menores» no puede entenderse como una exigencia probatoria tarifaria respecto de la condición de cabeza de familia: de una parte, porque se trata de una ejemplificación no taxativa, como se desprende de la expresión «o cualquier otro estudio acucioso que indique que nos encontramos frente a una situación fáctica en la cual el derecho superior de las menores...deba prevalecer sobre las decisiones judiciales de encarcelamiento».

De otra, como ya se dijo, por cuanto la simple lectura del fallo revela con claridad que la conclusión a la que llegó la Corporación sobre la inviabilidad de tener a la acusada como madre cabeza de familia no se sustenta en que a las pruebas aportadas se les haya considerado inherentemente insuficientes para probar esa calidad, sino en la apreciación que el Tribunal libre y autónomamente hizo de su contenido, a partir de la cual consideró que no fue demostrado el estado de desamparo de las hijas de

ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO, elemento esencial para la concesión del beneficio.

Siendo así, lo que en últimas subyace al alegato de la recurrente es la discrepancia con la ponderación probatoria efectuada por la segunda instancia, específicamente, en cuanto otorgó a los documentos entregados como soporte de la pretensión un alcance demostrativo distinto del que, desde su personal criterio, debió atribuírseles.

Ahora, incluso de admitirse, en gracia de discusión, que el Tribunal incurrió en el yerro denunciado y entendió aplicable una suerte de tarifa legal para la demostración de la condición de cabeza de familia, la demanda en todo caso habría de inadmitirse; ello, porque el dislate es intrascendente en tanto resulta insuficiente para enervar los fundamentos argumentativos del fallo atacado.

En efecto, además de considerar que la peticionaria no demostró la condición de cabeza de familia, la Corporación sustentó la negativa de la prisión domiciliaria en un argumento adicional, que no fue controvertido por la casacionista y respecto del cual no propuso la posible configuración de error de hecho o de derecho alguno, así:

«Además, conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, aún con la demostración de los presupuestos que acreditan a una persona como cabeza de familia, ello no conlleva per se a (sic) privilegiársele con la prisión domiciliaria, puesto que... también es menester verificar que el delito objeto de condena no es incompatible con el interés superior del menor, de tal manera que no se avizore peligro para su integridad...

(...)

...dentro del presente asunto advierte la Sala que la naturaleza y gravedad del delito ejecutado por la sentenciada GÓMEZ OROZCO es evidente como se desprende de

la cantidad de marihuana...(...)...además, no puede pasar por inadvertido el Tribunal que ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO fue sorprendida desarrollando la actividad ilícita aquí sancionada en el mismo lugar donde residía y laboraba como modista...(...)...es por eso que el otorgamiento de la prisión domiciliaria resulta incompatible, no sólo con los derechos e intereses primarios de los menores...sino también con la comunidad de la vereda...»⁷ (el énfasis es de la Sala).

Entonces, se avizora que dicha Corporación estimó inviable concederle a GÓMEZ OROZCO el beneficio no sólo por considerar que no se demostró que tuviera la calidad de cabeza de familia, sino también porque coligió, a partir de las circunstancias modales en que se cometió el delito, que ello sería incompatible el interés superior de sus hijas.

En relación con ese argumento, se insiste, ninguna censura propuso la recurrente, quien se limitó a alegar que la acusada cumple con los requisitos para ser favorecida con el referido beneficio mediante alegaciones típicas de instancia, pero no demostró la configuración de un error susceptible de corrección en esta sede.

4. Así las cosas, como lo alegado por la demandante no es suficiente para refutar la sentencia impugnada ni demuestra la configuración de un error demandable en sede de casación, lo procedente es inadmitir la demanda.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia en los términos explicados por la Corte a partir del fallo CSJ SP, 12 sept. 2005, rad. 24322.

El proyecto inicialmente sugería la casación oficiosa para desarrollo de la jurisprudencia, propuesta derrotada porque es asunto resuelto por la Sala con criterio mayoritario en el fallo CSJ SP2168-2016, 24 feb. 2016, rad. 45736.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación presentada por la abogada de ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Buga.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con lo decidido.

Notifíquese y cúmplase,

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Salvamento parcial de voto

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALVAMENTO DE VOTO

Casación

Radicado. 47860

Acta 167 de 01-06-2016

Procesado: ROSA INÉS GÓMEZ OROZCO

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego.

El suscrito Magistrado, con el habitual respeto que tengo por las decisiones de la Sala, procedo a señalar las razones por las cuales salvo el voto.

1. ANTECEDENTES

En el proyecto que presenté a consideración de la Sala propuse la intervención de la Corte de Oficio para el cumplimiento de la misión propedéutica que le corresponde como órgano límite de la jurisdicción ordinaria en materia penal y específicamente para

desarrollo y precisión jurisprudencial en relación con el tema de los preacuerdos, por las razones que expongo en este salvamento de voto.

3. A mi juicio se da a los preacuerdos con la decisión mayoritaria de la Sala un tratamiento unificado sin miramientos a que ese fenómeno jurídico se manifiesta a través de tres especies con estructura y alcances diferentes, amén de que se avaló un criterio improcedente para el preacuerdo con degradación.

Los fundamentos de mi salvamento son los siguientes:

4. PREACUERDOS

4.1. Las finalidades.

Al fijarse los alcances de los mecanismos de política criminal no pueden soslayarse ni siquiera parcialmente los fines perseguidos con los institutos de los allanamientos y preacuerdos, que para nuestro medio están consignados en el artículo 348 del C de P.P. y que corresponden a la humanización de la actuación procesal y de la pena, la pronta y cumplida justicia, lograr la solución de los conflictos sociales provocados por el delito, la reparación integral de los perjuicios ocasionados, la participación del imputado en la definición de su caso, todo ello dentro de un marco de legalidad, de respeto por las garantías fundamentales, de prestigio de la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

4.2. Modalidades de preacuerdos.

El artículo 350 del C de P.P. establece tres modalidades de preacuerdos, a saber:

4.2.1. Preacuerdo simple. Preacuerdo conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1º del C.P.P.).

Las partes admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones en que se precisaron en la formulación de la imputación, pero se acuerda la cantidad de rebaja de pena que habrá de hacerse a la sanción impuesta, dada la fase procesal en que ese convenio se presente, además puede o no tener por objeto la negociación de subrogados o sustitutos penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación.

4.2.2. Preacuerdo con degradación.

Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable pero con eliminación de una causal de agravación punitiva o algún cargo específico.

Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo del artículo 350 ídem, parte del supuesto que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o, en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia que se adicionó en la imputación, o acepte responsabilidad bajo la condición que se elimine cargo por uno de los atribuidos.

El beneficio debe consistir en la menor pena que represente por la eliminación de una agravante o un “cargo específico” (numeral 1ª ídem).

La tipicidad que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no implica al menos la modificación de la adecuación del comportamiento en el tipo básico conforme al cargo jurídicamente atribuido en la audiencia de imputación, hay solamente una degradación por razón de una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que se acepta responsabilidad por un hurto

simple cuando venía siendo indiciado o acusado por un hurto calificado, o se atenúa la participación de autor a cómplice, o la forma de conducta de dolosa a culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

En cambio, cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se han imputado varias ilicitudes y la eliminación no de todas sino de una o algunas de éstas constituye el pacto, por tanto se acepta culpabilidad por los demás reatos que el convenio no suprimió pero que sí fueron registrados como imputación jurídica en la audiencia preliminar.

El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, “el imputado se declarará culpable del delito imputado”, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que surja como consecuencia de la eliminación de una agravante o cargo específico, que es representativa de una degradación.

4.2.3. Preacuerdo con readecuación típica.

Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable de un delito relacionado con el imputado pero de pena menor, es la modalidad de preacuerdo con readecuación típica de la conducta.

Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P. Está condicionado el convenio a que la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente “relacionada” con el supuesto de hecho esencial o la conducta óptica y que tenga “pena menor” (ante un cargo por tentativa de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación admitir un abuso de confianza

calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se “tipifique” de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, lo que implica una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por el imputado, pues se indica que “el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.

La anterior solución traída por el legislador, que el imputado se declare culpable del delito “relacionado de pena menor”, por las razones que se ofrecen en los párrafos siguientes, no debe ser de recibo y la redacción de la disposición demanda de la jurisprudencia una precisión sistemática y armónica con el mecanismo del preacuerdo y con el orden jurídico, para que no se afecten garantías de la víctima ni los fines específicos de la institución en examen.

De otra parte, y, para el preacuerdo con readecuación típica, debe decirse que el inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., al referirse a las formas de preacuerdo por aceptación de responsabilidad por el delito imputado o aceptación de culpabilidad por el delito preacordado típicamente, indica el beneficio con la frase “a cambio de que el fiscal” y enuncia seguidamente como posibilidades i) la eliminación de una agravante o cargo específico y ii) la tipificación de la conducta que implique una pena menor.

La redacción del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. pareciera permitir que los supuestos de los numerales 1 y 2 del inciso segundo se pueden aplicar a las dos modalidades de preacuerdo que allí se refieren (preacuerdo con degradación y preacuerdo con readecuación), pero un examen sistemático de este texto con el ordenamiento jurídico, la dogmática penal y sus principios, nos llevan a precisar que el preacuerdo con degradación solo admite el supuesto del numeral primero, esto es, debe permanecer

inalterable el tipo básico que corresponde a la conducta óntica, en tanto que la del numeral segundo conlleva un cambio de tipicidad básica o especial y solo es propia o compatible con la aceptación de responsabilidad por un delito relacionado, en los términos ya explicados.

5. Argumentos de más que hacen viable la condena por el delito cometido e imposición de la pena que resulte del delito preacordado por degradación o readecuación.

5.1. Afectación de garantías a las víctimas.

El artículo 348 del C de P.P. anuncia como finalidad de los preacuerdos la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, éste interés constitucionalmente se le ha reconocido a la víctima como uno de sus derechos en el proceso penal, supuesto del que la jurisprudencia ha derivado las facultades para que intervenga y sea considerada en la actuación que se adelante y en las decisiones que se adopten, ejemplo de ello es la sentencia C-516 de 2007, en concordancia con los fallos C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007.

La intervención de la víctima y sus derechos a la verdad, justicia y reparación tienen naturaleza constitucional, se derivan del numeral 7º del artículo 250 de la C.P.

5.2. Afectación de los fines de los preacuerdos y prohibición de autorizar los que afecten garantías.

La Ley 906 de 2004 ha condicionado la eficacia de los preacuerdos a reglas tales como i) el reintegro del 50% del valor del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo y se asegure el recaudo del remanente (artículo 349 ídem), ii) la justicia del negocio jurídico, pues no pueden desprestigiarla (artículo 348-2 íbidem, iii) no son vinculantes cuando desconozcan o quebranten garantías fundamentales (artículo 351, inciso 4 ejusdem).

5.3. Interpretación sistemática en torno al trato jurídico.

Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el delito imputado, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación en el preacuerdo que conlleva esa modalidad, porque con esta última solución se afectan garantías fundamentales de la víctima.

5.4. Vulneración del debido proceso al declarar responsable a una persona por un ilícito que no cometió.

Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al procesado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente, lo que repercute en institutos como la reparación, la prescripción y el principio de legalidad, como se explica en este texto.

La importancia de esta regla estriba en que la reparación e indemnización de la víctima está en relación directa con la responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C.

Por ende los derechos de las víctimas (verdad y reparación) no se afectan cuando en cualquiera de las especies de preacuerdos se mantiene la responsabilidad conforme al delito cometido y lo único que se modifica es la pena, estas mutaciones son las que corresponden exclusivamente a razones de política criminal, a las rebajas o beneficios por justicia premial.

5.5. El beneficio que la ley le asignó a los preacuerdos fue una rebaja de pena no la modificación de la responsabilidad penal por el delito cometido.

Las normas que integran la Ley 906 de 2004 y especialmente las que regulan los

allanamientos y preacuerdos, registran que la intención del legislador con los preacuerdos, cualquiera sea su especie, fue la de otorgar una rebaja de pena como beneficio por aceptarse responsabilidad en el delito cometido, de ahí que las modalidades del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. no sean más que instrumentos para cuantificar la sanción como consecuencia de la culpabilidad. Así por ejemplo en los artículos 350, 351, 352 y 353 del C de P.P., entre otros, se lee: “con miras a disminuir la pena”, “pena menor”, “cambio favorable con relación a la pena”, “la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, “la pena imponible se reducirá”, “los beneficios de punibilidad”.

La razón primordial por la que los beneficios por justicia premial no pueden desconocer la responsabilidad por el delito cometido es precisamente por las garantías constitucionales que corresponden a las partes e intervinientes del proceso, como lo son la verdad, la justicia y la reparación, las que se verían afectadas si se declara responsable a un procesado por un delito culposo cuando el cometido lo fue en modalidad dolosa, se subraya el problema es cuando se altera la responsabilidad no la pena.

El agravio de que se habla se advierte con facilidad si se tiene en cuenta que los perjuicios y la reparación deben corresponder a la responsabilidad penal declarada por el juez en la respectiva sentencia, decisión o declaración ésta que en el proceso penal o en uno de jurisdicción civil no se puede desconocer. En el ejemplo de marras, si la responsabilidad se declara por el delito imprudente aceptado en el preacuerdo, conlleva a que la reparación se rija por la compensación de culpas y que esta forma de conducta genere una reparación menor si se compara con los guarismos a que habría lugar de declararse la responsabilidad penal por el delito doloso realmente cometido.

Cierto es que la víctima no está obligada a aceptar los perjuicios del preacuerdo (artículo 351, inciso 6 del C de P.P.), pero ante la misma u otra jurisdicción el reclamo no puede desconocer la declaración de responsabilidad fundada en los supuestos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta en el proceso penal y por los que se le declaró responsable y condenó,

como ha quedado expresado anteriormente. Que así lo es, lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ejemplo de ello es la sentencia proferida el 6 de febrero de 2007 en el expediente con radicación 45.736, en la que se expresó:

“Y más recientemente, en sentencia 164 de 14 de octubre de 2004, expediente número 7637, dijo la Corporación: ‘para justificar las razones de tal influencia o interdependencia, ha puntualizado la Corte que los pronunciamientos penales ..., de suerte que, una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable a otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo, pues se encuentra cobijado por la autoridad de la cosa juzgada, postulado que, ‘amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la sindéresis desde que parte de la premisa incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. La verdad es única, ‘y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicado y en lo civil se afirmase lo contrario’ (cas. civ. de 29 de agosto de 1979. Cfme. cas. civ 12 de octubre de 1999, Exp, 5253)”.

5.6. Condenar por el delito preacordado genera situaciones de impunidad y afectación de garantías.

La declaración de responsabilidad por el delito cometido e imputado tiene consecuencias no solamente en el campo de la reparación sino también en otros fenómenos jurídicos que ello implica, como la extinción de la acción penal, la que se rige y contabiliza en el proceso por la tipicidad y responsabilidad declarada en la sentencia, según reiterada jurisprudencia de la Sala.

Si la sentencia no tiene en cuenta la responsabilidad imputada por el delito cometido

sino la aceptada y readecuada en el preacuerdo, se generan factores de impunidad, injusticia, afectación de garantías a las partes e intervinientes, pues de esa manera los pactos pueden llevar a situaciones que impliquen la declaratoria de prescripción de la acción penal o evadir mandatos legales o constitucionales, como soslayar sanciones previstas a perpetuidad (inhabilitación de derechos y funciones públicas), prohibiciones de beneficios o sustitutos dada la naturaleza readecuarlos por tipicidades que las admitan, o hacer pactos que lleven a aceptar como continuada una conducta que admita esa modalidad, conllevando la creación de cosa juzgada para otras investigaciones que se adelanten por separado, todo lo cual atenta contra garantías y son ajenas a los fines del instituto examinado.

Las premisas anteriores se explican con los siguientes ejemplos:

Los hechos ocurren el 1 de enero 2007, se le formula imputación en esa misma fecha a una persona por el delito de lesiones personales dolosas en la modalidad de deformidad física transitoria. Pasa el expediente con acusación a uno de los juzgados penales municipales de Bogotá, en donde cada despacho tiene más de 400 carpetas, como consecuencia de preacuerdo celebrado, en el que se degrada la modalidad de simple a cometida en estado de ira, en primera instancia (2009) y segunda (marzo de 2010) se le declara responsable del ilícito en mención en estado de ira.

En el ejemplo que viene de referirse, el artículo 113 del C.P., establece una pena para el autor de 1 a 6 años de prisión y multa de 15 a 25 SMLMV. La sanción con la Ley 890 de 2004 queda de 16 a 108 meses y la multa de 25 a 37.5 SMLMV. Para la ira el artículo 57 del C.P. prevé una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo, quedando el marco de punibilidad para dicho ilícito de 2 meses y 20 días a 54 meses (4 años 6 meses) de prisión y multa de 4.15 a 20.75 SMLMV.

Si la sentencia lo declarara responsable por el delito cometido, autor de las lesiones

personales de marras, la prescripción se contabiliza así: se interrumpió con la formulación de la imputación (1 de enero de 2007), la prescripción de la acción se contabiliza de nuevo a partir de esa fecha y por la mitad del término sin ser menor de 3 años, para el caso el máximo de la sanción prevista es 108 meses (9 años), significa que la acción se extingue en 4 años y 6 meses, los cuales irían hasta el junio de 2011, luego en el ejercicio propuesto los juzgadores actuación sin que la extinción hubiese operado.

Pero, siguiendo los datos registrados en el párrafo anterior, si el preacuerdo con la degradación referida se suscribió el 1 de octubre 2009, este pacto se ha firmado cuando la acción aún no ha prescrito por razón del delito cometido, pero con la declaratoria de responsabilidad por el ilícito preacuerdo que se hace en la sentencia el 1 de enero de 2010, habrá que prescribir la acción penal, como consecuencia de la regla jurisprudencial que la responsabilidad por tipicidad definida en la sentencia es la que se tiene en cuenta para la prescripción de la acción penal.

Y así es, como se ha explicado en el párrafo anterior, porque si la sentencia lo declara responsable como cómplice de las lesiones personales por perturbación funcional transitoria cometidas en estado de ira con pena máxima prevista de 54 meses (4 años 6 meses) , la prescripción una vez interrumpida con la imputación, el máximo de extinción sería de 2 años 3 meses, por lo que la prescripción ocurre en tres años, que en el ejemplo de marras sería el 31 de diciembre de 2009.

Si confrontamos los lapsos de prescripción por razón de la responsabilidad declarada en la sentencia, la del delito cometido o la delito acordado, son enormes y en un país donde es imposible cumplir los tiempos procesales, los riesgos de impunidad no ser pueden despreciar.

Pero, además, cuál fue el propósito de política criminal, beneficiar al procesado con la prescripción de la acción penal o simplemente reducir la pena, innegablemente esta

última fue la finalidad, por eso la naturaleza de los procesos abreviados impone declarar la responsabilidad por el delito cometido e imponer la pena del delito acordado, lo cual no causa daño a las partes, a los intervinientes ni a la justicia.

Obsérvese, una persona es procesada por el delito de peculado por apropiación doloso, que tiene para esa modalidad la pena a perpetuidad de inhabilitación de derechos y funciones públicas, si ese es el delito cometido y se le declara responsable no podría jamás ser elegido senador, contratar con el Estado, ser Presidente de la Republica, o desempeñar cargo público a futuro, sanción que se acarrea por mandato constitucional.

Si el procesado acepta responsabilidad y preacuerda que se le condene por una pena máxima en la modalidad culposa, de seguirse el criterio mayoritario de la Sala habría que condenarlo como responsable de delito de peculado culposo y no podría imponérsele la sanción constitucional de la inhabilitación de derechos y funciones públicas a perpetuidad, la pena iría como accesoria y cumplida se rehabilita para volver a contratar, ser congresista u ocupar dignidades del Estado. En cambio si se acepta que se le responsabilice por peculado doloso (delito consumado) y se le imponga la pena del peculado culposo (reato acordado), habría que sancionar con la inhabilitación perpetua. Esta última solución se antoja más aconsejable, exige la estricta tipicidad, impide la burla a los mandatos legales o constitucionales.

Lo propio ocurre cuando se hace preacuerdos por delitos que la Ley 1474 de 2011 los excluye de subrogados o beneficios, como por ejemplo, en los ilícitos dolosos contra la Administración Pública preacordar la modalidad culposa para beneficiar al procesado con la menor pena y de paso eliminar la prohibición para el otorgamiento de un mecanismo que está legamente prohibido, o admitir que se cometió concierto para delinquir agravado a cambio de que se le dé tratamiento punitivo de concierto para delinquir simple, y, así, muchos más ejemplos se pueden ofrecer de asuntos en donde el preacuerdo se convierte en un instrumento para jugar con la justicia, riesgo que se

evitaría si se le condena por el delito cometido y se le impone la pena por el delito acordado como beneficio propio del preacuerdo.

5.7. La condena por el delito cometido no afecta la justicia premial.

La propuesta formulada en este salvamento no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, quien a ellos se somete recibe el beneficio punitivo que le corresponde, no se le niega, solo que se le declara culpable por lo que realmente hizo y como consecuencia de aceptar ese cargo se le impone una pena menor que resulta de la tasación conforme al ilícito acordado.

Queda así precisado por qué para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por la tipicidad convenida en el preacuerdo, sino por la que corresponde a la atribuida en la imputación y que obedece a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si deben corresponder a la sanción negociada en el preacuerdo simple, degradado o con readecuación.

5.8. Marco jurídico de las penas para subrogados y beneficios en los preacuerdos.

Resta por decir que en los casos en que el subrogado o beneficio no está prohibido por la Ley, tales mecanismos se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros dependen de marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y es ese marco o la pena impuesta y no otros los que determinen si hay lugar a conceder o negar el sustituto penal.

Los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la a la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta.

En las condiciones señaladas, me aparto del criterio mayoritario de la sala, porque a mi juicio refunde en una sola modalidad de preacuerdo las dos hipótesis del inciso segundo del artículo 350 del C.P.P. y les asigna el mismo tratamiento, cuando no es equivalente, como se vio, pues se sostiene que en todos los casos se debe condenar no por el delito imputado sino por la tipicidad que surja de la eliminación de una agravante, un cargo específico o una readecuación de tipo penal, solución ésta que no comparto, además que ello conlleva a admitir situaciones ilegales, desconocedoras de situaciones reglas por la Carta Política.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra

1 Fs. 150 y siguientes.

2 Fs. 170 y siguientes.

3 F. 193.

4 Fs. 202 y siguientes.

5 Entre muchas otras, CSJ AP, 28 oct. 2015, rad. 46.486.

6 Fs. 179 y siguientes.

7 Fs. 181 y siguientes.