

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP -14842-2015

Radicación n° 43436

(Aprobado Acta n° 380)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado RONNY BISMARCK BETANCOURT LEÓN contra el fallo del 14 de enero de 2014, mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia proferida el 24 de octubre de 2013 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó a 13 años de prisión por hallarlo penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado de que tratan los artículos 239, 240 inciso 2º y 241 numerales 10 y 11 del Código Penal, en concurso con el delito de porte ilegal de armas de fuego, consagrado en el artículo 365 ídem. El juzgado de primera instancia le impuso, además, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la privación del derecho a tenencia y porte de armas de fuego, por el mismo término de la pena principal.

HECHOS

El 8 de julio de 2012, aproximadamente a las 7:00 de la noche, RONNY BISMARCK

BETANCOURT LEÓN y otro sujeto ingresaron al restaurante “Guadalajara”, ubicado en la carrera 110 Nro. 18B-08 de esta ciudad, y tras intimidar a los presentes con armas de fuego se apoderaron de cuatro millones de pesos en efectivo. La reacción de la Policía Nacional permitió la captura de BETANCOURT LEÓN, a quien le fue hallada un arma de fuego tipo revólver, apta para disparar, así como cartuchos compatibles con la misma.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 9 de julio de 2012 la Fiscalía le imputó a RONNY BISMARCK BETANCOURT LEÓN los delitos de hurto calificado y agravado (Arts. 239. 240 inciso 2º y 241 numerales 10 y 11 del Código Penal), en concurso heterogéneo con el delito de porte ilegal de armas de fuego (Art. 365 ídem). El imputado no se allanó a los cargos.

El 10 de octubre de 2012 la Fiscalía presentó acta de preacuerdo, que dio lugar a que el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá emitiera fallo condenatorio en contra del procesado BETANCOURT LEÓN, a quien le impuso la pena principal de prisión de 84 meses.

El fallo condenatorio fue apelado por la defensa, en procura de una mayor rebaja de pena para el procesado. Mediante decisión del 23 de mayo de 2013 el Tribunal Superior de Bogotá anuló lo actuado “desde el trámite de preacuerdo adelantado entre la Fiscalía y RONNI BISMARCK BETANCOURT LEÓN”, por considerar que se había violado la prohibición legal de otorgar varios beneficios al procesado.

Luego, la Fiscalía presentó una nueva acta de preacuerdo, acogiendo las directrices trazadas por el Tribunal. A partir de ello, el 24 de octubre de 2013 el juzgado de primera instancia condenó a BETANCOURT LEÓN a la pena principal de prisión de 13 años, y le impuso las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, así como la privación del derecho de tenencia y porte de armas de fuego, por un término

igual al de la pena principal.

La sentencia condenatoria fue apelada por la defensa, y luego confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá mediante proveído del 14 de enero de 2014.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo la égida de la causal segunda de casación, consagrada en el artículo 181, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004, el defensor presentó como único cargo la violación del debido proceso, “por afectación sustancial de la garantía fundamental de delimitación constitucional de funciones entre el juez y el ente acusador”, en que incurrió el Tribunal Superior de Bogotá “al declarar nulo el preacuerdo llevado a cabo entre la Fiscalía y el procesado”.

Resalta que el delegado de la Fiscalía General de la Nación decidió eliminar la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el numeral 5º del artículo 365 del Código Penal (“obrar en coparticipación criminal”), por considerar que la misma ya estaba incluida en la circunstancia de agravación del hurto de que trata el numeral 10 del artículo 241 ídem (“...o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”). Así, dice, era imperioso “corregir la imputación formulada en la audiencia celebrada ante el Juez de Control de Garantías el 9 de julio de 2012, pues esa circunstancia de intervención plural tomada dos veces atentaba contra el principio de prohibición de doble incriminación”.

Luego de expresar algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico de la coparticipación en el ámbito penal, concluye que son equivocados los planteamientos del Tribunal en torno a la posibilidad de imputar, al tiempo, las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el artículo 241, numeral 10, y 365, numeral 5, toda vez que en este caso “la coautoría sólo es predicable para el delito de hurto calificado y agravado, ya que fue en este punible donde hubo designio común, división de trabajo y

aportes esenciales de los dos perpetradores, sin que pueda hablarse de coautoría en el porte ilegal de armas que precisamente es una conducta de las llamadas de propia mano...”.

De otro lado, el libelista plantea que en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, “el procesado tendrá derecho a que sea el órgano requirente el que ejerza la acción penal por medio de una acusación”, estándole vedado a la Judicatura ejercer algún tipo de control material sobre dicha actuación de parte. Por ello, dice, con la providencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de mayo de 2013, “por medio de la cual declaró la nulidad de la actuación y la ilegalidad del preacuerdo”, a su defendido se le quebrantó el derecho al debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que esta Corporación ha emitido varios pronunciamientos sobre “la proscripción de los jueces en injerir en las acusaciones de la Fiscalía”.

Sobre la trascendencia del yerro que le atribuye al Tribunal, considera que éste, al declarar la nulidad de lo actuado a raíz del primer preacuerdo presentado por la Fiscalía, hizo una “intromisión indebida en la imputación” que sirvió de base a aquella negociación, con lo que menoscabó “el principio acusatorio que nos rige, hasta el punto de configurar la nulidad por grave afectación del debido proceso y de los derechos y garantías fundamentales del procesado”.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte declarar la nulidad de lo actuado, “a partir e incluyendo la providencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 23 de mayo de 2013”.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del recurrente

El defensor del procesado BETANCOURT LEÓN consideró que los argumentos planteados en la demanda son suficientes y, por tanto, se remitió a lo expresado en el libelo que la contiene.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación indica que los reproches planteados por la defensa sobre la anulación del fallo dictado a raíz del primer preacuerdo no equivale a la retractación del que fue presentado con posterioridad y que dio lugar a la sentencia del 24 de octubre de 2013, como erradamente, según él, lo entendió el Tribunal Superior de Bogotá, porque lo que se plantea es una violación al debido proceso.

Resalta que los jueces, al ocuparse de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la Defensa, no pueden imponer su propia teoría del caso. Su posibilidad de intervención, dice, está supeditada a eventos de clara trasgresión del principio de legalidad. De ahí que los jueces

no pueden intervenir en la tipificación circunstanciada que realice la Fiscalía General de la Nación, porque con ello se “desestructuraría la sistemática adversarial” y se puede incurrir en irregularidades que afecten sustancialmente el debido proceso.

Considera que en este caso el Tribunal “terció en el preacuerdo” al imponer su posición sobre la posibilidad de que concurren las causales de agravación previstas en los artículos 241, numeral 10, del Código Penal (para el hurto), y 365, numeral 5 (para el porte ilegal de armas de fuego), y de esa forma desestimó lo concluido por la Fiscalía sobre el particular, en el sentido de que aplicar las dos normas coetáneamente era violatorio del principio non bis in ídem.

Además, plantea que la supresión del agravante en mención, para el delito de porte ilegal de armas de fuego, no fue producto del acuerdo, y que el Tribunal se inmiscuyó en

esta función de la Fiscalía al desatar un recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la defensa para que se revisara el monto de la sanción impuesta por el juez de primera instancia.

Finalmente, considera que el control a la acusación realizado por el Tribunal “se convirtió en un grave defecto” que incidió el resto de la actuación en el sentido de afectar la terminación anticipada de la actuación.

Por tanto, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, de ser posible, “en aplicación del principio de residualidad que gobierna las nulidades, emitir un fallo de reemplazo”.

3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación.

La delegada del Ministerio Público considera que el impugnante estaba legitimado para interponer el recurso de casación, porque aunque el auto a través el cual el Tribunal declaró la nulidad de lo actuado está en firme y las partes presentaron un nuevo preacuerdo, lo decidido en esa oportunidad por el fallador de segunda instancia afectó el debido proceso “al punto de desquiciarlo”.

Luego, enuncia varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y de esta Corporación sobre el sentido y alcance del control que deben realizar los jueces en materia de preacuerdos, para concluir que éstos no pueden apartarse de su rol so pena de romper la estructura del proceso, quebrantar las garantías de las partes y desprestigiar la administración de justicia.

En cuanto a la declaratoria de nulidad objeto de cuestionamiento, la delegada del Ministerio Público expuso que la Fiscalía suprimió la circunstancia específica de agravación por coparticipación frente al delito de porte ilegal de arma de fuego siguiendo una determinada postura dogmática, mas no porque fuera parte del acuerdo celebrado con

la defensa. Añade que el Tribunal decidió imponer su interpretación jurídica, con lo que incidió indebidamente en las funciones atribuidas al ente acusador.

De otro lado, resalta que el Tribunal conoció de este asunto a raíz del recurso de apelación interpuesto de manera exclusiva por la defensa con la finalidad de que se revisara el monto de la pena, por lo que, en su sentir, el fallador de segunda instancia “violentó los factores de competencia que le permitían conocer del caso, como quiera que era apelante único y con su interpretación estaba afectando sustancialmente la situación del procesado”.

Finalmente, expone que el preacuerdo se celebró con anterioridad a la acusación, tal y como se infiere de la fecha plasmada en el acta, sólo que el Centro de Servicios Judiciales lo radicó con posterioridad. Así, el descuento que negociaron las partes y otorgó el Juez era el que correspondía para ese momento procesal.

Basada en lo anterior, concluye que con la declaratoria de nulidad objeto de análisis “el Tribunal desquició sustancialmente el juicio, obligó a las partes a un nuevo preacuerdo que desmejoró sustancialmente las condiciones del procesado, lo que terminó conculcando los derechos del apelante único”.

Por tanto, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, de tal manera que el primer preacuerdo suscrito por las partes recobre validez.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El cargo formulado

Se plantea un cargo por el desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de “la garantía fundamental de delimitación constitucional de funciones entre el Juez y el ente acusador”, toda vez que el Tribunal, al declarar la

nulidad de lo actuado “desde el trámite de preacuerdo adelantado entre la Fiscalía y RONNI BISMARCK BETANCOURT LEÓN”, incidió irregularmente en el contenido de la acusación y truncó la posibilidad de que el proceso terminara conforme lo habían dispuesto las partes.

2. La legitimación del impugnante para cuestionar una decisión judicial ejecutoriada

Antes de analizar el fondo del asunto propuesto por el impugnante, la Sala abordará los planteamientos de la Fiscalía y el Ministerio Público sobre la legitimación que tenía la defensa para cuestionar una decisión judicial que estaba en firme.

Como bien lo indica la representante del Ministerio Público, en principio podría afirmarse que la defensa no estaba habilitada para cuestionar en sede de casación el auto a través del cual el Tribunal Superior de Bogotá declaró la nulidad del trámite adelantado con ocasión del primer preacuerdo suscrito por la Fiscalía y la Defensa, porque dicha decisión estaba en firme y porque las partes presentaron un nuevo convenio que dio lugar a la emisión de una sentencia frente a la que proceden los recursos de ley.

Sin embargo, también le asiste razón a la no recurrente cuando afirma, al unísono con el delegado de la Fiscalía, que la regla anterior no tiene aplicación cuando la declaratoria de nulidad entraña en sí misma una grave afectación del debido proceso, tal y como sucedió con la decisión que en tal sentido emitió el Tribunal Superior de Bogotá, según se explica a lo largo de este fallo.

Agrega la Sala que en este caso la defensa no tenía otras alternativas de defensa judicial dentro del proceso penal, porque el auto a través del cual el Tribunal declaró la nulidad del trámite realizado a partir del primer preacuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa no admite recurso de apelación, de tal manera que las partes se vieron compelidas a seguir uno de los dos caminos posibles: ajustar la acusación y realizar un nuevo acuerdo según los lineamientos del Tribunal, o continuar con el trámite ordinario.

Cualquiera de estas opciones implicaba una clara desmejora para el acusado, bien porque el nuevo acuerdo daría lugar a una pena mayor, como en efecto ocurrió, o porque tuviera que seguirse el trámite ordinario y de esa forma se viera privado de los beneficios propios de la terminación anticipada de la actuación penal por colaboración del procesado.

De otro lado, la Sala encuentra razonables los planteamientos de la Fiscalía en el sentido de que la vía de ataque elegida por el casacionista no equivale a una retractación implícita del segundo acuerdo que celebró con la Fiscalía. Al efecto, cabe resaltar que es pacífica la jurisprudencia de esta Sala sobre la posibilidad que tiene el procesado de impugnar el fallo condenatorio producto de un preacuerdo, cuando lo que pretende es demostrar la violación de sus garantías fundamentales (entre otras, CSJ AP, 17 Jun. 2015, Rad. 45364).

En síntesis, la defensa estaba habilitada para cuestionar la nulidad del primer acuerdo celebrado con la Fiscalía, por considerar que de esa manera el Tribunal incidió irregularmente en la delimitación de la acusación, sin perjuicio de lo planteado por la Fiscalía y el Ministerio Público en torno a la violación del principio de non reformatio in pejus, consagrado en el artículo 31 de la [Constitución Política](#) y desarrollado ampliamente en la Ley 906 de 2004, según se indicará más adelante.

3. Para el estudio y decisión de la censura propuesta la Corte abordara los siguientes temas: (i) Facultad unilateral de la Fiscalía para ajustar la calificación jurídica en el acta de preacuerdo, (ii) diferencias entre el control que realiza el Juez a los ajustes a la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y el control a las concesiones que se hacen en razón del preacuerdo, y (iii) El principio de non reformatio in pejus y su incidencia en las facultades de revisión de las decisiones impugnadas.

3.1. Facultad unilateral de la Fiscalía para ajustar la calificación jurídica en el acta de

preacuerdo

De tiempo atrás la jurisprudencia se ha referido a la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de ajustar la calificación jurídica durante la acusación. Las normas que regulan este aspecto y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular fueron analizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, donde se precisó:

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.

La anterior doctrina no admite mayor discusión cuando se trata de un trámite ordinario. El problema se suscita cuando ese tipo de ajustes se ejecutan en el acta de un preacuerdo, no como parte de las concesiones hechas al imputado o acusado, sino como producto de las valoraciones del fiscal sobre la calificación jurídica correcta para el caso en particular.

La Sala considera que esos cambios son procedentes, en los mismos términos en que

podrían hacerse en el trámite ordinario.

En primer lugar, porque el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación, como lo dispone expresamente el artículo 350 de la Ley 906 de 2004. De esta manera, si para el momento del acuerdo la Fiscalía considera que debe hacer algún ajuste a la calificación jurídica efectuada en la imputación, en salvaguarda del principio de legalidad, puede hacerlo en esa oportunidad.

Concluir lo contrario puede generar consecuencias desventajosas para el imputado y contrarias a los fines inherentes a la denominada “justicia premial”, por las siguientes razones:

Primero, porque la Fiscalía se vería obligada a seguir alguno de los siguientes caminos procesales: (i) celebrar un acuerdo a partir de una calificación jurídica que considera inadecuada; (ii) esperar hasta la audiencia de acusación para realizar los respectivos ajustes y luego celebrar el acuerdo, y (iii) optar obligatoriamente por el trámite ordinario. Lo primero es inaceptable por ser contrario al principio de legalidad y a la obligación que tiene la Fiscalía de adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente, “ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley” (Art. 115 de la Ley 906 de 2004). Lo segundo, conllevaría una menor rebaja de pena, porque el sistema de terminación anticipada de la actuación penal en buena medida está gobernado por la idea de otorgar mayores beneficios en la medida en que la colaboración con la administración de justicia se haga más pronto. Y lo tercero, truncaría para el acusado la posibilidad de obtener los beneficios por colaboración (en este caso materializada en la pronta solución del caso) y le impediría a la Fiscalía solucionar un asunto de manera consensuada y destinar sus esfuerzos y recursos al esclarecimiento de otros delitos.

Además, porque ello implicaría la dilación del trámite y la celebración de una audiencia

adicional (la de acusación), con las repercusiones que ello puede tener en materia de congestión y demora judicial.

Ahora bien, al hacer uso de esta posibilidad la Fiscalía debe explicar con claridad qué parte del contenido del acta corresponde a los ajustes de la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y cuál es el componente del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo.

3.2. Diferencias entre el control que realiza el Juez a los ajustes a la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y el control a las concesiones que se hacen en razón del preacuerdo

Aunque los ajustes a la calificación jurídica en razón de la aplicación del principio de legalidad y el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa estén en el mismo documento, se trata de actuaciones perfectamente diferenciables, frente a las cuales el juez cumple funciones distintas.

En el numeral anterior se indicó que el fiscal está facultado para modificar la calificación jurídica durante la acusación, tanto en el trámite ordinario como en el que debe surtirse cuando se trata de terminación anticipada de la actuación en razón del preacuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa.

Frente a las posibilidades y límites que tiene el juez para controlar la acusación, la Sala ha hecho las siguientes precisiones.

En la decisión CSJ SP, 13 Dic. 2010, Rad. 34370, se estableció que

[l]os requisitos consagrados en el artículo 337, al que alude la norma citada, son enteramente formales, evidenciándose inconcuso que de ninguna forma el Juez de Conocimiento puede adelantar la tarea de controvertir los cargos en su esencia, ni mucho

menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la Fiscalía, entre otras razones, porque el anexo que se pide al funcionario encargado de la investigación no representa allegar efectivamente esos medios suasorios, sino relacionarlos e identificarlos, dado que, a renglón seguido, la defensa o los demás intervinientes podrán pedir al juez que ordene dejar conocer específicamente uno o varios de los elementos referenciados.

Más adelante se aclaró que no obstante los límites que tiene el Juez frente a la acusación que hace la Fiscalía, está facultado para realizar un control formal de la misma, en los siguientes términos:

Del apartado fáctico del escrito de acusación, entonces, se espera que exprese en lenguaje sencillo, pero claro y suficiente, qué fue lo sucedido, dónde y cuándo ocurrió, cómo se presentó el hecho y, si se posee la información, por qué se materializó este.

[...]

Cuando el escrito de acusación no detalla de manera clara y precisa, sin lugar a equívocos o confusiones, cuáles específicamente son los hechos, junto con su determinación típica completa, que el fiscal entiende configuran los cargos por los que debe defenderse el acusado, es necesario que las partes –o el mismo fiscal, cuando advierta el yerro- acudan al espacio procesal ofrecido en la audiencia de formulación de acusación en aras de aclarar, adicionar o corregir lo allí plasmado.

Pero, si las partes no obran así, corresponde al juez, por consecuencia del control formal que habilita la ley realice de la acusación -como quiera que el numeral segundo del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, consagra perentorio para el escrito de acusación la relación clara y sucinta de los hechos-, exigir del fiscal la necesaria aclaración, corrección o complementación que habilite cumplir con lo reclamado en la norma.

Huelga anotar que ello ninguna implicación formal o material tiene en el principio de imparcialidad, en tanto, no se trata de que el juez admita o controvierta determinada auscultación de los hechos o de su denominación jurídica, sino de que busque resguardar la esencia procesal y sustancial de la acusación, a través de la definición de cuáles son los cargos precisos por los que se llama a juicio al procesado. (CSJ AP, 16 Abr 2015, Rad. 44866).

Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial², concluyó que “por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

Las facultades y límites que tiene el juez para controlar la acusación en el proceso ordinario deben operar en los casos de terminación anticipada de la actuación penal. De lo contrario, pueden generarse las situaciones atrás referidas: (i) que la Fiscalía prefiera esperar hasta la audiencia de acusación para realizar los ajustes a la calificación jurídica, con las implicaciones que de ello pueden derivarse para los derechos del procesado y para la celeridad del trámite, según lo indicado en los párrafos precedentes, o (ii) que los términos de la acusación, en los casos de terminación anticipada, sean establecidos por el Juez y no por la Fiscalía, lo que resultaría contrario a la división constitucional de funciones en materia penal y la imparcialidad del juez.

Ahora bien, si el Juez considera que los cambios realizados por el fiscal a la calificación jurídica bajo el ropaje de ajustes a la legalidad, entrañan una evidente estrategia para conceder al acusado beneficios prohibidos por el ordenamiento jurídico, tiene la carga de sustentar debidamente sus conclusiones, tanto para

cumplir el deber constitucional y legal de motivar sus decisiones como para brindarle a las partes la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

En todo caso, en esos eventos el Juez debe aclarar suficientemente su decisión, esto es, debe precisar si está realizando un control sobre la acusación, si de lo que se trata es de ejercer un control sobre los términos del preacuerdo explicitados por las partes, o si, en su sentir, se está frente a evidentes maniobras orientadas a conceder beneficios inapropiados al procesado bajo la excusa de estar realizando ajustes en el ámbito de la legalidad. De esta manera, se insiste, las partes tendrán la oportunidad de controlar sus decisiones a través de los recursos, sin perjuicio de las otras vías de control consagradas en el ordenamiento jurídico.

Una vez establecido que la acusación se ha realizado según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (que incluye las posibilidades de control a esta actividad de parte), el juez debe proceder a evaluar si los términos del preacuerdo se ajustan a las normas aplicables al caso, según el desarrollo que de las mismas ha hecho la jurisprudencia, bajo el entendido de que tiene la obligación de aceptarlo, salvo que este desconozca o quebrante garantías fundamentales, como lo dispone expresamente el artículo 351, inciso cuarto, de la Ley 906 de 2004. Frente a este tema la Corte ha resaltado:

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

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún

vicio del consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-. (CSJ SP, 15 Oct. 2014, Rad. 42184).

1. El principio de non reformatio in pejus y su incidencia en las facultades de revisión de las decisiones impugnadas

Desde tiempos inmemorables esta Corporación ha analizado el sentido y alcance del derecho constitucional a la prohibición de reforma peyorativa. Para la solución del presente caso basta con resaltar lo expuesto por la jurisprudencia sobre los siguientes aspectos: (i) la mayor cobertura del principio de non reformatio in pejus en la Ley 906 de 2004, (ii) la prevalencia de este derecho sobre el principio de legalidad de la pena y, (iii) la posibilidad de transgredirlo a través de la declaratoria de nulidad.

Sobre la ampliación de la cobertura del principio de non reformatio in pejus en la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional, en la sentencia C-591 de 2005, precisó:

La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la reformatio in pejus, a cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso.

En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de la no reformatio in pejus conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del ad quem en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un

proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.

En efecto, en los sistemas acusatorios existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como los sostiene Maier, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el a quo. Por el contrario, en un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico.

De igual manera, extender la prohibición de la *reformatio in pejus* a cualquier situación es conforme con un principio esencial de los sistemas acusatorios, cual es, la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. En efecto, la imparcialidad del órgano jurisdiccional que se pretende garantizar con el principio acusatorio exige que se impida condenar por hechos distintos de los acusados o a persona distinta de la acusada, es decir, debe existir una correlación entre el acto de acusación y la sentencia.

Así mismo, ampliar la garantía de la interdicción de la *reformatio in pejus* constituye un medio para asegurar en mejor medida los derechos de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación, ya que cuando ésta se constituya en apelante único, el superior jerárquico no podrá desmejorar la situación en relación con el disfrute de tales derechos

amparados por la Constitución y por los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En suma, el principio de la limitación al superior se potencia mucho más en la filosofía y dinámica del nuevo sistema procesal penal, pues tratándose de un sistema de partes adquiere mayor sentido un límite para el superior. Por lo tanto, la extensión que el legislador operó de la garantía de la no reformatio in pejus es conforme con uno de los principios básicos del sistema acusatorio, cual es, limitar las facultades del superior jerárquico en sede de apelación.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión ‘El superior no podrá agravar la situación del apelante único’, del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado...”.

Sobre el mismo tema, esta Corporación ha resaltado que “...el artículo 20 de la ley 906 de 2004 extiende la prohibición a las providencias proferidas en segunda instancia, al señalar que ‘El superior no podrá agravar la situación del apelante único’, de modo que la prohibición de la reforma en peor cuando se trata de recurrente único abarca las decisiones adoptadas en dicha instancia...” (CSJ SP 21 julio 2010, Rad. 30460, reiterada en CSJ AP, 14 May. 2015, Rad. 42763).

De otro lado, la Sala ha analizado la colisión que puede presentarse entre los principios de legalidad de la pena y de no reformatio in pejus. En el contexto del recurso extraordinario de casación, ha concluido que a pesar de la trascendencia del principio de legalidad, y así se esté ante su evidente trasgresión, no le es posible a la Corte tomar los correctivos pertinentes cuando de ello se deriva una situación más desventajosa para el acusado que tiene la calidad de apelante único (entre otras, CSJ SC, 16 Sep. 2015, Rad. 38154). Esta misma lógica es aplicable a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial cuando al conocer el recurso de apelación interpuesto exclusivamente

por la defensa detectan que el principio de legalidad ha sido quebrantado, pero los correctivos generarían una reforma peyorativa para el acusado (CSJ SC, 12 Dic. 2012, Rad. 35487).

Finalmente, esta Corporación tiene establecido que la garantía fundamental consagrada en la parte final del artículo 31 de la [Constitución Política](#) y desarrollada en el artículo 20 de la Ley 906 de 2004 también puede desconocerse a través de la declaratoria de nulidad, cuando una decisión de esa naturaleza inexorablemente conduce a desmejorar la situación del acusado que tiene la calidad de apelante único. En el último de los fallos en cita, se precisó:

De este modo, se sentó como premisa general que la Corte hoy reitera bajo los supuestos de este caso, que cuando el objeto del recurso que propicia la doble instancia está signado por el propósito de mejorar la situación procesal del imputado como único apelante, carece el superior del más mínimo poder corrector del debido proceso o adecuación de la actuación, al margen de que aduzca advertir flagrantes quebrantos o pretexto defectos en el cálculo dosimétrico de la pena.

La modificación oficiosa de la sentencia, aún bajo el referido supuesto de enmienda de la actuación, en todos los casos en que involucre directa o indirectamente una alteración peyorativa de la sanción (esto es una más drástica punición o la invalidación de lo actuado con mediato idéntico efecto), está prohibida por el art. 31 superior, pues dicha restricción constitucional no admite excepción alguna.

1. El caso concreto

4.1. En el acta del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa el 10 de octubre de 2012, consta que el beneficio acordado con el acusado consistía en solicitar al Juez

que “parta de la pena mínima señalada para estos delitos³ por el legislador y le otorgue la máxima rebaja establecida para este estadio procesal”. Previamente, el fiscal aclaró que la supresión de la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el numeral 5º del artículo 365 del Código Penal obedecía a un ajuste a la calificación jurídica derivado de su entendimiento de las normas penales aplicables al caso, mas no a un beneficio concedido al procesado como contraprestación a su colaboración con la administración de justicia. En el acta en mención se lee:

Por lo tanto, no obstante en la audiencia correspondiente (de imputación), además del hurto calificado y agravado por el numeral 10º del artículo 241 del C.P. por haberse cometido la conducta “por dos o más personas que se hubieren reunido y acordado...”, también se le imputaron al señor RONNY BETANCOURT LEÓN cargos por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravado conforme el numeral 5º del artículo 365 del C.P. por “obrar en coparticipación criminal”, La Fiscalía retira unilateralmente este último agravante al considerar que se estaría vulnerando el principio non bis in ídem”, al realizar una doble incriminación por una misma circunstancia fáctica.

El Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá le impartió aprobación al acuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa y emitió sentencia condenatoria en contra del procesado. Le impuso la pena principal de prisión de 84 meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. En cuanto al monto de la rebaja por reparación, de que trata el artículo 269 del Código Penal, consideró que “teniendo en cuenta que la indemnización no fue inmediata y que debió la víctima esperar ante el Juez para ver satisfecha la totalidad de su pretensión, el despacho le otorgará la mitad de la pena para este concepto”, en atención a que “la finalidad de la rebaja no es otra que la víctima obtenga pronta reparación”.

La sentencia fue apelada únicamente por la defensa, por considerar que procedía una

mayor rebaja de pena en virtud de la reparación que hizo el procesado en los términos del artículo 269 atrás referido. El Tribunal Superior de Bogotá, al asumir la segunda instancia, consideró que había lugar a decretar la nulidad de lo actuado. Luego de exponer sus argumentos jurídicos en torno a la posibilidad de imputar al tiempo las causales de agravación consagradas en los artículos 241, numeral 10, y 365, numeral 5, del Código Penal, concluyó que “en el preacuerdo existen dos actos que favorecen al implicado, de una parte se elimina el agravante del porte ilegal de armas de fuego, y por otra se solicita partir del mínimo de la pena otorgando la rebaja máxima por aceptación de cargos, solicitudes que eleva la Fiscalía bajo el argumento que la circunstancia de agravación sobre el ilícito en mención, comportaba una doble incriminación, así que su exclusión no significaba un beneficio al procesado”.

Conforme se indicó en la primera parte de este acápite, es claro que la Fiscalía suprimió la circunstancia de agravación prevista en el artículo 365, numeral 5, del Código Penal, como un ajuste a la calificación jurídica producto de su interpretación de la ley penal, mas no como un beneficio derivado del preacuerdo celebrado con el acusado. Siendo así, el Tribunal tenía el deber de justificar por qué estaba facultado para incidir en la acusación realizada por la Fiscalía, bajo el entendido de que el acta de preacuerdo equivale a la acusación por disposición expresa del artículo 350 de la Ley 906 de 2004 y en atención a que la Fiscalía está habilitada para realizar en ese momento cambios en la calificación jurídica, que no necesariamente corresponden a beneficios para el procesado en el contexto del preacuerdo, conforme se indicó en el numeral 3.1 del apartado inicial.

Si lo que entendió el Tribunal es que el cambio en la calificación jurídica era una forma velada de conceder beneficios al procesado por fuera del marco constitucional y legal, tenía la carga de explicar las razones de su conclusión, para que las partes tuvieran claridad sobre el tipo de control que estaba realizando y pudieran ejercer el derecho de contradicción.

Como el fallador de segundo grado no dio ninguna explicación frente al aspecto relacionado en los párrafos anteriores, y ante la clara constancia que dejó la Fiscalía en el acta del primer preacuerdo, en el sentido de que la supresión del agravante consagrada en el numeral 5º del artículo 365 del Código Penal obedecía a sus valoraciones de orden jurídico y no a la concesión de beneficios al acusado, se tiene que el Tribunal realizó un control de la acusación más allá de lo permitido por el ordenamiento jurídico, porque, como bien lo anotó la representante del Ministerio Público, en últimas lo que hizo fue hacer prevalecer su interpretación normativa sobre la que realizó la Fiscalía al ajustar la calificación jurídica en el acta de preacuerdo.

4.2. De otro lado, advierte la Sala que el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa dio lugar a la sentencia condenatoria proferida el 22 de febrero de 2013 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá, que fue apelada por el defensor, en procura de una mayor rebaja de pena para su representado.

No obstante, a pesar de que la sentencia de primera instancia fue apelada únicamente por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá decidió anular lo actuado “desde el trámite de preacuerdo adelantado entre la Fiscalía y RONNI BISMARCK BETANCOURT LEÓN”, generando una clara desmejora de la situación del acusado, como quiera que se vio compelido a optar por uno de los dos caminos procesales que dejó abiertos el fallador de segunda instancia: o celebraba un nuevo preacuerdo a partir de la calificación jurídica propuesta por el Tribunal y las directrices trazadas en torno al monto de la rebaja, lo que implicaba una mayor pena, tal y como efectivamente ocurrió, o proseguía bajo el trámite ordinario, con lo que quedaba privado de los beneficios por colaboración con la administración de justicia. Así las cosas, en este caso la nulidad decretada generó una trasgresión de la prohibición de reforma peyorativa, a que se hizo alusión en el numeral 3.3 del anterior apartado.

A consecuencia de la decisión tomada por el Tribunal, las partes celebraron un nuevo

preacuerdo que, como era de esperarse, dio lugar a la imposición de una pena sustancialmente mayor. En efecto, todo esto desencadenó que la pena de 84 meses de prisión impuesta en el fallo anulado por el juzgador de segunda instancia se incrementara a 13 años de prisión (156 meses), que fue la finalmente impuesta por el Juzgado en la sentencia emitida a partir del segundo preacuerdo.

Con la indebida intromisión en la función de la Fiscalía de definir los contornos de la acusación, analizada en el anterior numeral, de paso el Tribunal Superior de Bogotá violó la garantía fundamental consagrada en el artículo 31, parte final, de la Constitución Política, desarrollada de manera amplia en la Ley 906 de 2004, porque la anulación del fallo apelado exclusivamente por la defensa y del trámite adelantado a partir del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, tenía como consecuencia obvia el empeoramiento de la situación de BETANCOURT LEÓN, por las razones expuestas en los párrafos anteriores.

4.3. Como adición a las razones que lo llevaron a cuestionar la actuación de la Fiscalía, el Tribunal eleva una crítica, no a la acusación ni al preacuerdo, sino al juzgado de primera instancia, porque “concedió otro beneficio en contravía de las normas procesales, al otorgar una rebaja de $\frac{1}{4}$ de la mitad (12.5%) de la pena imponible, afirmando que el preacuerdo fue presentado antes de que se presentara el escrito de acusación, aseveración contraria a la verdad, ya que el escrito de acusación se radicó el 7 de octubre de 2012, mientras el escrito de preacuerdo, conforme el mismo sello, se presentó el 10 de octubre de 2012”. Cabe resaltar que el Tribunal no aclaró si se trata de un comentario de paso o si la nulidad también está basada en el error que le atribuyó al fallador de primera instancia. En todo caso, dicho yerro no lo habilitaba para desmejorar la situación del acusado dada su calidad de apelante único, por las razones expuestas en el numeral anterior y según las reglas generales sobre la aplicación del principio de non reformatio in pejus, expuestas en el primer apartado de este fallo.

4.4. Las irregularidades expuestas en precedencia serían suficientes para declarar la nulidad de la actuación a partir del auto dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de mayo de 2013, inclusive, a través del cual declaró la nulidad de lo actuado “desde el trámite de preacuerdo adelantado entre la Fiscalía y RONNY BISMARCK BETANCOURT LEÓN”. Sin embargo, en casos semejantes la Sala ha considerado que en virtud del principio de residualidad que gobierna las nulidades no es necesario acudir a esa medida extrema cuando es posible restablecer el debido proceso de una forma menos traumática (CSJ SP, 16 Jul. 2014, Rad. 40871), máxime cuando, como aquí sucede, lo que solicita el impugnante es que se deje “incólume el primer preacuerdo” y se mantengan los efectos del fallo proferido el 22 de febrero de 2013 por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Bogotá, solicitud que fue apoyada por la delegada del Ministerio Público.

En consecuencia, y como lo ha hecho en otras ocasiones en casos semejantes (CSJ SP, 12 Dic. 2012, Rad. 35487), bajo el entendido de que sobre un error no se puede construir uno nuevo, la Corte declarará que cobra vigencia el fallo y la sanción de 84 meses de prisión, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, impuesta por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá el 22 de febrero de 2013 en contra de RONNY BISMARCK BETANCOURT LEÓN, por hallarlo penalmente responsable de los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, consagrados en los artículos 239, 240 -inciso segundo- y 241 -numerales 10 y 11-, y 365 del Código Penal, respectivamente.

Lo anterior bajo el entendido de que la decisión del juez de primera instancia sobre el monto de la rebaja por la restitución del objeto material del hurto y la reparación de perjuicios (Art. 269 del Código Penal) es ajustada a derecho, en la medida en que utilizó criterios acordes a dicha disposición para decidir que en este caso, por el amplio término que transcurrió entre el delito y la reparación a la víctima, el beneficio correspondía

al mínimo de lo previsto en la norma en mención, argumento con el cual se da respuesta a lo planteado por la defensa al interponer el recurso de apelación que dio lugar a que el Tribunal emitiera la decisión de nulidad objeto de censura.

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

RESUELVE

Casar el fallo recurrido y, en consecuencia, declarar que cobra vigencia, en su integridad, el fallo y la sanción de 84 meses de prisión, sumada a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, impuesta a RONNY BISMARCK BETANCOURT LEÓN por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá el 22 de febrero de 2013, tras hallarlo penalmente responsable de los delitos de hurto calificado y agravado (Arts. 239, 240 -inciso segundo- y 241 -numerales 10 y 11- del Código Penal), en concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (Art. 365 ídem).

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria.

1 Entre otras, CSJ SP 17 Sep. 2007, Rad. 27336 y CSJ SP 28 Nov. 2007, Rad. 27518.

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

3 Hurto calificado y agravado (Arts. 239, 240 -inciso segundo- y 241 -numerales 10 y 11- del Código Penal, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (Art. 365 ídem).