

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP16933-2016

Radicación No. 47.732

(Aprobado acta No. 376)

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de Jesús María Ortiz Scarpetta contra la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia, que confirmó la proferida el 13 de agosto de 2014 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de dicha ciudad, mediante la cual lo condenó, a título de autor, del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el Tribunal de la siguiente forma:

Los hechos ocurrieron el 27 de septiembre del año 2013, cuando en (sic) el ciudadano JESÚS MARÍA ORTIZ SCARPETA (sic) previamente identificado e individualizado, fue capturado en situación de flagrancia por parte del Batallón Fluvial de Infantería de Marina Numero (sic) 31 de Tres Esquinas, Solano

Caquetá, con apoyo del personal de Policía Judicial Antinarcóticos Regional 2 y de la Compañía Comando Jungla de la Policía Nacional, cuando se movilizaba por aguas del río Caquetá en una embarcación tipo remesero operando en calidad de motorista de la misma, al practicarse requisa a la motonave fueron hallados unos paquetes que se encontraban ocultos en sendas caletas de la nave, al practicárseles (sic) a su contenido la prueba preliminar de PIPH dio positivo para cocaína y sus derivados en un peso de 614 kilos 820 gramos, se procedió a capturarlo, siendo inmovilizada la nave.¹

2. En audiencia preliminar del 28 de septiembre de 2013 el Juez Único Promiscuo Municipal de Teruel (Huila) con funciones de control de garantías impartió legalidad a la captura, a la incautación con fines de comiso de la embarcación, marca Yamaha, de nombre “Arco Iris” y de una canoa con motor, marca Zuzuki, y a la imputación que en contra de Jesús María Ortiz Scarpetta formuló la Fiscalía 52 Seccional por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, descrito en los artículos 376 y 384.3 del Código Penal².

3. El 19 de noviembre siguiente se radicó preacuerdo suscrito entre el imputado -con la asistencia de su defensor- y la Fiscalía, mediante el cual, el primero aceptaba su responsabilidad, a título de autor, en el delito endilgado, a cambio de que se sustrajera la circunstancia específica de agravación, consagrada en el artículo 384.3 ejusdem, constituyendo esa la única rebaja compensatoria por el convenio. En todo caso, se señaló que el procesado aceptaba, en definitiva, las penas de doce (12) años de prisión y cuatro mil ochocientos diez (4.810) salarios mínimos legales mensuales vigentes³.

4. El preacuerdo fue improbadado por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Florencia el 9 de diciembre de 2013, teniendo en cuenta que, a su juicio, la única rebaja posible, dada la situación de flagrancia, era la regulada en el artículo 301 de la Ley 906 de

2004, adicionado por el 57 de la Ley 1453 de 2011 y que, dicho pacto vulneraba el principio de legalidad y el derecho a la igualdad⁴.

5. Recurrida esta decisión por el ente acusador y la defensa fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia en auto de 15 de enero de 2014⁵.

6. Es así que, el 21 de marzo de ese año se presentó un nuevo preacuerdo en el que el encartado se declaró responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, conforme a los artículos 376 y 384.3 del Código Penal y la Fiscalía le confirió una rebaja de la cuarta parte de la mitad de la pena⁶, el cual fue aprobado el 13 de agosto siguiente por el Juez cognoscente⁷.

7. Mediante sentencia de la misma fecha, el juzgador condenó a Jesús María Ortiz Scarpetta, en calidad de autor del referido injusto, a las penas principales de doscientos veinticuatro (224) meses de prisión y multa en cuantía de dos mil trescientos treinta y cuatro (2.334) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por periodo igual a la privativa de la libertad. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y se decretó el comiso de la embarcación y de la canoa con motor incautados⁸.

8. Recurrido el fallo por el defensor, la Sala Penal –mayoritaria⁹ del Tribunal Superior de Florencia lo confirmó el 5 de noviembre de 2015¹⁰.

9. El defensor interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación¹¹ y presentó, en tiempo, el libelo correspondiente¹² que fue admitido el 20 de junio del año en curso¹³.

10. La audiencia de sustentación oral respectiva se llevó a cabo el pasado 25 de octubre¹⁴.

LA DEMANDA

Tras identificar a las partes e intervinientes y la sentencia impugnada, el censor sintetiza la cuestión fáctica y la actuación procesal, luego de lo cual, enuncia y fundamenta tres cargos a saber:

Primer cargo (principal)

Al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la nulidad de la actuación por violación de las garantías fundamentales de su asistido.

Con el propósito de comprobarlo, asegura que se desconocieron las formas propias del juicio porque el ad quem incurrió en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso porque no tuvo en cuenta que la aceptación de responsabilidad de su cliente no fue libre sino que estuvo influenciada por la decisión de las instancias de improbar el primer preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y su representado, en el que se eliminaba la circunstancia de agravación, consagrada en el numeral 3º del artículo 384 del Código Penal.

Previa referencia normativa y jurisprudencial al derecho al debido proceso, al principio de legalidad y a las características de la figura de los preacuerdos y negociaciones, tacha de «peculiar»¹⁵ el «manejo jurídico dado por la judicatura al primer preacuerdo»¹⁶, por cuanto, en su concepto, infringió el numeral 1º del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que autoriza a las partes a adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el que el procesado se declare culpable del punible enrostrado, a cambio de que el órgano investigador «elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva»¹⁷.

Asegura que la decisión de los juzgadores forzó al encartado a celebrar otro preacuerdo, en los términos indicados por ellos, en el que aceptó el cargo imputado y solo recibió una

cuarta parte de la rebaja señalada en el canon 351 ejusdem.

En este punto, precisa que su cliente «desde un comienzo tuvo claro que había cometido un delito y que debía responder ante la justicia, sabía que someterse al proceso ordinario le implicaría una pena elevada sin derecho a ningún beneficio, razón para que frustrada la primera negociación se allanara a lo planteado por sus jueces. Huelga decir que [su] representado para no perder el beneficio estuvo compelido a firmar el segundo preacuerdo que se constituyó en la fuente de su condena»¹⁸.

Aunque apeló esa decisión, el Tribunal consideró, erradamente, que, en casos de flagrancia, independientemente de la modalidad de aceptación de responsabilidad –allanamiento o preacuerdo- la rebaja siempre será de una cuarta parte del beneficio establecido en el aludido canon 351, al tenor del parágrafo del artículo 301, «porque de lo contrario todos los capturados no aceptarían la responsabilidad en la audiencia de formulación de imputación en espera de celebrar un preacuerdo en una etapa posterior para obtener una mayor rebaja»¹⁹.

Para el letrado, la postura de la colegiatura torna más gravosa la situación jurídica de su representado, toda vez que no es cierto que la rebaja, en casos de allanamiento a cargos o preacuerdo, siempre sea de una cuarta parte de la prevista en el artículo 351, ya que la modificación introducida al precepto 301 con la Ley 1453 de 2011, «no excluye para los casos de flagrancia la posibilidad de aceptar la culpabilidad a través de una cualquiera de las formas previstas en el artículo 350 ídem»²⁰.

Así, opina que la colegiatura incurrió en la causal de nulidad señalada en el artículo 457 ejusdem, pues no podía desatender el derecho del inculpado a «aceptar su responsabilidad bajo la fórmula por él escogida de los preacuerdos o negociaciones»²¹.

Además, estima, el juez plural soslayó el precedente judicial de la Corte Suprema de

Justicia acerca de la titularidad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación del ejercicio de la acción penal y la imposibilidad del juzgador de inmiscuirse en la determinación de los hechos jurídicamente relevantes y la tipificación de la conducta investigada, so pena de desconocer la estructura del proceso, para lo cual se apoya en varias decisiones de la Corte (CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 39.892, CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 31.538, CSJ SP, 18 abr. 2012, rad. 38.020, CSJ SP; 19 jun. 2013, rad. 37.951, CSJ 14 ago. 2013, rad. 41.375) y particularmente en la sentencia STP1132-201422, que se pronunció frente a un caso en el que, como en este asunto, se había improbadado un preacuerdo que eliminaba la circunstancia agravante específica de una imputación por tráfico de estupefacientes.

En criterio del censor, las garantías fundamentales de su asistido resultaron vulneradas, porque «se le negó la posibilidad de acceder a la aceptación de su responsabilidad a través del mecanismo de los preacuerdos que le representaba una mejor situación jurídica frente a la que finalmente se vio compelido a admitir en virtud del juicio jurídico de los operadores de justicia.»²³

En consecuencia, solicita casar el fallo impugnado, declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 9 de diciembre de 2013, por cuyo medio el juez cognoscente improbo el primer preacuerdo y dictar sentencia en los términos allí consignados.

Primer cargo (subsidiario)

Con estribo en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, reprueba la falta de aplicación del artículo 350 de la Ley 906 de 2004.

En sustento de su tesis, alude a las dos modalidades de terminación anticipada del proceso: allanamientos y preacuerdos –semejanzas y diferencias y se refiere al rol del juez y, en especial, del fiscal, el cual está facultado para convenir los términos de la imputación «propiciando que el imputado acepte la culpabilidad del delito imputado o de uno relacionado con pena menor a cambio que se elimine una causal de agravación, o

algún cargo en particular, se “tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, o sobre los hechos imputados y sus consecuencias»²⁴.

Señala al respecto que, de conformidad con los artículos 351 y 368 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Corte²⁵, el Fiscal General de la Nación o su delegado están facultados para variar la tipificación de la conducta e imputar una menos gravosa al procesado, siempre que respete el núcleo fáctico, sea razonable a la luz de las pruebas y no vulnere garantías fundamentales.

Por su parte, dice, el juez debe ejercer control sobre la manifestación de culpabilidad i) velando porque no exista ningún vicio del consentimiento, ii) garantizando el respeto de las garantías de las partes e intervinientes, particularmente, de las víctimas en torno a su derecho a la reparación integral y, iii) verificando que se satisfagan los requisitos de ley para condenar (respaldo probatorio), de tal forma que no basta la confesión simple del inculcado y el principio de congruencia fáctico jurídico.

A continuación, distingue entre los preacuerdos que versan sobre los términos de la imputación y los que aluden a las consecuencias jurídicas del delito e insiste en que el juez debe limitarse a verificar que no se vulneren garantías fundamentales.

En el caso de la especie, asegura, el preacuerdo entre su representado y la Fiscalía consistió en eliminar la circunstancia de agravación específica, descrita en el numeral 3º del artículo 384 del Código Penal y, por ende, en imponer las penas de 144 meses de prisión y 4810 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. No obstante, fue improbadamente por las instancias por tratarse de un caso de flagrancia en el que, en criterio de los juzgadores, sólo es posible el descuento establecido en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Para el defensor, en cambio, aún en casos de flagrancia es posible acudir a dicha figura,

toda vez que el canon 350.1 del Estatuto Adjetivo –inaplicado por las instancias- estaba vigente para el tiempo de los hechos y la Ley 1453 de 2011 no lo subrogó.

Segundo cargo (subsidiario)

Con fundamento en idéntica causal a la invocada en el reproche precedente, denuncia la aplicación indebida del parágrafo del precepto 301 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por la Ley 1453 de 2011.

De este modo, censura la aprobación del segundo preacuerdo celebrado entre su asistido y la Fiscalía en el que se convino la imposición de unas penas de 18 años y 8 meses de prisión y de 2.334 s.m.l.m.v. de multa, por cuanto «desconoció uno anterior que fue rechazado contrariando los preceptos legales llamados a regular el caso, para en su lugar imponer una sentencia condenatoria conforme al querer de los juzgadores»²⁶, en la que únicamente se reconoció una rebaja de una cuarta parte del beneficio establecido en el canon 351 de la Ley 906 de 2004, conforme al parágrafo del precepto 301 ejusdem.

A juicio del censor, si la colegiatura hubiera advertido que el primer preacuerdo se ajustaba a derecho, no habría aplicado el referido parágrafo y sí declarado la nulidad de lo actuado, dictando sentencia conforme a los términos allí expresados.

También, señala que «[l]a aplicación del artículo 301 citado es producto del querer de los jueces falladores y no de la voluntad de las partes.»²⁷

Como normas inaplicadas enuncia los artículos 29 y 229 de la [Constitución Política](#); y 6, 283, 288.3, 293, 356.5, 367, 293 inc. 1º, 350, 351, 369 y 457 de la Ley 906 de 2004.

Cierra aseverando que a su cliente le asiste interés jurídico para recurrir la sentencia del Tribunal porque «no se está retractando de los cargos, sencillamente está

solicitando se le restablezcan sus garantías procesales»²⁸ y, en sede de tutela, las Salas de Casación Penal y Civil dejaron abierta la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de casación.

Por último, reitera la pretensión del primer cargo y, subsidiariamente, solicita la emisión de fallo de reemplazo con fundamento en el preacuerdo del 19 de noviembre de 2013.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. La defensa

Para complementar la demanda, se remite a algunas decisiones de la Corte (CSJ SP2168-201629, y CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47588), sobre asuntos semejantes al planteado por el libelista, en el sentido que no opera la limitante impuesta por el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 cuando el preacuerdo degrada los términos de la imputación.

En lo demás, reitera, en un todo, el libelo.

1. La Fiscalía

El Fiscal Doce Delegado ante la Sala de Casación Penal es del criterio que la pretensión del demandante no está llamada a prosperar.

Frente al cargo principal, considera que el recurrente no tiene interés jurídico para solicitar la nulidad de la actuación, habida cuenta que, como lo tiene decantado la Corte (CSJ AP, 9 dic. 2010, rad. 32.205), los preacuerdos son irretractables, además que los juzgadores obraron dentro de los límites legales y jurisprudenciales (CSJ SP, 3 feb. 2016,

rad. 43356).

Así mismo, asegura que, por razón del principio de preclusión de las etapas procesales (CSJ SP, 13 abr. 2011 rad. 36.118), no es viable solicitar la nulidad de los autos que, en primera y segunda instancias -del 9 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, respectivamente-, se pronunciaron sobre el primer preacuerdo.

En cuanto al primer cargo subsidiario, estimó que no se inaplicó la norma legal llamada a regular el caso, es decir, el artículo 350.1 de la Ley 906 de 2004, sino que, tratándose de un caso de flagrancia, los juzgadores se vieron compelidos a reconocer un cuarto del beneficio de que trata el artículo 351 ejusdem, conforme al parágrafo del canon 301 ibidem, adicionado por la Ley 1453 de 2011, el condicionamiento expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-645 de 2012, en el sentido que dicha disminución debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que el sorprendido en flagrancia puede allanarse a los cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador para cada uno de esos eventos y algunas decisiones de la Sala de Casación Penal (CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45.736, CSJ SP, 5 sep. 2011, rad. 36.502 y CSJ AP, 21 ene. 2015, rad. 44.992).

Y, respecto del segundo cargo subsidiario, por la razón expuesta y porque con el fallo atacado los juzgadores no desconocieron el primer preacuerdo, debidamente rechazado, sino que decidieron sobre el segundo preacuerdo, aceptado libre y voluntariamente por el acusado con la asesoría de su defensor, opina que el aludido parágrafo del canon 301 no se aplicó de manera indebida.

Añade que, el procesado y su defensor obraron con pleno conocimiento de los argumentos jurídicos previamente expuestos por las dos instancias sobre la improbación del acuerdo anterior y que ello no puede tomarse como una obligación o coacción para que aquél aceptara el segundo preacuerdo, pues los funcionarios judiciales estaban

acatando y aplicando la ley.

1. El Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal parte por precisar que como la decisión que improbo el acuerdo inicial no es la que resuelve de fondo el asunto, en principio, sería imposible demandar su nulidad, en la medida que estaría sujeta al principio de preclusividad de las etapas procesales (CSJ SP, 12 sep. 2007, rad. 27.759). Sin embargo, como quiera que, en veces, tales autos violan la estructura del proceso y obligan a la celebración de un nuevo preacuerdo, mucho más gravoso para el procesado, en estas condiciones, es posible analizar tal aspecto en sede de casación.

Para la representante de la sociedad, dos son los problemas fundamentales a dilucidar en el caso concreto. Por un lado, si el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 del 2011 sobre el porcentaje de rebaja de pena a otorgar en casos de preacuerdos con capturados en flagrancia, rige también para las negociaciones realizadas conforme al artículo 350.1 de la Ley 906 del 2004 y, por otro, si se vulneró la estructura del proceso, al improbar el primer preacuerdo, a través de un control sobre la tipicidad de la conducta degradada en la negociación, la cual implicaba un descuento punitivo superior a una cuarta parte de la pena a imponer.

En torno al primer tópico, luego de destacar que el artículo 301 ejusdem, que define la figura de la flagrancia, no está ubicado en el capítulo del Código Penal atinente a los preacuerdos, se refiere a las diversas modalidades de aceptación de culpabilidad, descritas en los cánones 351, 352, 356. 5 y 357 inciso segundo, y a la posibilidad señalada en el precepto 350 ibidem de preacordar sobre los hechos imputados y sus consecuencias, que de implicar un cambio favorable con relación a la pena constituyen el único beneficio que recibirá el imputado.

A juicio de la Procuradora, a esta forma de negociación, no vinculada con un porcentaje específico de reducción de pena, no le es aplicable la prohibición señalada en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 del 2011, en tanto éste gradúa porcentajes. Además, porque estaría limitando de manera excepcional al fiscal como titular de la acción penal en la determinación de la tipificación final de la conducta.

Así, precisa que, esta norma no aplica cuando la forma del preacuerdo se refiere a una modificación en la tipicidad de la conducta que implique la imputación de un delito de menor entidad, la eliminación de una causal de agravación o un cargo concreto.

Por eso, tacha de retorcido el procedimiento del Tribunal consistente en hacer «cálculos sobre el porcentaje de pena que esa nueva tipificación arroja como resultado, para a partir de allí determinar si se sobrepasó el monto de la cuarta parte de la pena por flagrancia», y reclama casar el fallo impugnado, conforme a cualquiera de las censuras subsidiarias, pues lo cierto es que se dejó de aplicar el artículo 350 del Estatuto Adjetivo Penal y se aplicó indebidamente el parágrafo del canon 301 ejusdem.

En torno al segundo problema planteado, la funcionaria se remite a la jurisprudencia nacional, que indica que, siendo la Fiscalía la titular de la acción penal, el juez no puede entrometerse innecesariamente en la acusación, en tanto acto de parte, para controlar su estricta tipicidad, sin vulnerar el principio de imparcialidad.

Añade que, no es al fallador al que le compete, con base en los elementos de conocimiento descubiertos por el ente acusador, determinar si son suficientes para probar alguna de las circunstancias de la conducta punible.

En la aprobación de los preacuerdos, argumenta, el juzgador no es un simple verificador de la libertad del consentimiento; su control se extiende a establecer la coincidencia de los hechos imputados con el tipo penal -un homicidio no puede mutarse

a unas lesiones personales o un hurto a una estafa- y a examinar que no se creen penas no contempladas por el legislador.

Los preacuerdos que no vulneran garantías fundamentales tienen carácter vinculante para el juzgador; por eso, opina, éste no podría partir primero de la pena o de la conducta establecida en el preacuerdo y retrotraerse a la inicialmente imputada, pues los cálculos sobre la eventualidad de descuentos excesivos debe hacerse sobre la tipificación final fruto del preacuerdo.

Añade que la eliminación de un agravante es una forma válida de negociación y es el único beneficio punitivo que el acusado obtiene de esa específica forma de preacuerdo; por ello los falladores no pueden suplantar a la Fiscalía para imponer su propia forma de interpretar los hechos porque esto constituye una violación de la estructura del proceso y de la imparcialidad del sentenciador, obstaculiza la terminación anticipada del proceso y desprestigia la administración (CSJ SP, 16 jul. 2014, rad. 40.871), lo que, en principio, obliga a retrotraer el proceso hasta el preacuerdo inicialmente improbadado.

Para cerrar, recuerda que la variación de la imputación en el primer preacuerdo por parte de la Fiscalía consistió en eliminar la circunstancia de agravación de que trata el precepto 384.3 del Código Penal y en fijar la pena dentro del cuarto mínimo, negociación que respeta el principio de legalidad de la pena y deja incólume el derecho del procesado a la aceptación negociada de su responsabilidad, garantía que no podía ser violentada con la aplicación de un beneficio -por razón de la captura- restrictivo al imputado.

En consecuencia, solicita casar el fallo demandado, anular el segundo de los preacuerdos y las sentencias respectivas, y dictar sentencia de reemplazo, en la que se fijen las penas señaladas en el primero de los preacuerdos, por cuanto el proceso efectivamente concluyó por aceptación de cargos, solo que por los señalados obligatoriamente por el juez.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Es cierto como lo advierte el delegado de la Fiscalía que, improbado el primer preacuerdo celebrado por las partes –procesado y Fiscalía- en las dos instancias de decisión, no habría posibilidad de discutir la actuación subsiguiente y, por ende, las sentencias de primer y segundo grado dictadas conforme al segundo de los preacuerdos, no solo porque el postulado de no retractación que rige los mecanismos de terminación anticipada del proceso lo impediría, sino debido a que por virtud del principio de preclusión de los actos procesales, una vez superadas las etapas y oportunidades delimitadas en el ordenamiento jurídico, es inviable devolver la actuación a esa misma instancia del diligenciamiento, resguardando, de este modo, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas y los postulados de igualdad de armas, lealtad y seguridad jurídica.

En efecto, según el axioma de preclusión o preclusividad, «el proceso se desarrolla en una secuencia de actos procesales que deben ejecutarse dentro del plazo precisamente señalado para ellos, y que por consiguiente, al expirar el término contemplado para la específica actividad de dichos sujetos, no puede ya realizarse porque su oportunidad ha precluido. Vale decir, la preclusión traduce la clausura de un determinado tracto procesal y cierra la posibilidad de ejercer un determinado derecho, y también la de cumplir una específica carga procesal que debió colmarse en un lapso preestablecido» (CSJ AP, 8 sep. 1998, rad. 14.357).

No obstante, como bien lo recordó la señora Procuradora, el alcance de tales axiomas de naturaleza adjetiva no es categórico. En verdad, existen ciertos casos en que, tanto el principio de no retractación como el de preclusividad admiten cierta flexibilidad en procura de salvaguardar prerrogativas fundamentales de carácter sustancial.

Es así que, tratándose de virtuales vicios del consentimiento o de interpretaciones de los

funcionarios judiciales lesivas del carácter autónomo de la imputación, resulta imperativo dar curso, como en este caso, a la demanda de casación formulada contra una sentencia que avaló un acuerdo diverso al inicialmente sometido a aprobación de la judicatura.

2. El problema jurídico

Tal como con acierto lo identificó la Delegada del Ministerio Público, pese a que son tres los cargos formulados por la defensa, uno por la ruta de la nulidad y los restantes por la de la violación directa de la ley sustancial, son dos las cuestiones jurídicas básicas a dilucidar en el caso de la especie, las cuales serán examinadas de manera conjunta, dada su estrecha conexidad temática.

Primero, si el juez cognoscente puede, válidamente, inmiscuirse en la adecuación típica definida por la Fiscalía y plasmada en un preacuerdo con el procesado en el que se degrada la conducta inicialmente imputada -ya sea porque se selecciona un tipo penal que recoge la cuestión fáctica de una manera más benigna al procesado, se elimina una circunstancia de agravación (genérica o específica), se varía el grado de participación, entre otros posibles supuestos- y, segundo, si procede la aplicación del párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el canon 57 de la Ley 1453 de 2011 en los casos en los que, habiendo sido el imputado capturado en flagrancia, la negociación versa sobre los términos de la imputación, conforme al precepto 350 del Estatuto Adjetivo Penal.

Ambos cuestionamientos encuentran respuesta en los pronunciamientos más recientes de la Corte, como pasa a verse.

3. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Imposibilidad de ejercer control material de la adecuación típica definida en los

preacuerdos por parte de los jueces de conocimiento

Son múltiples los pronunciamientos de la Corte, en sede de tutela y de casación en los que se ha reiterado que, estando la acción penal radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, es inviable para los juzgadores inmiscuirse en la calificación jurídica definida por su representante, salvo cuando se aparta arbitrariamente de la cuestión fáctica acaecida, atenta groseramente contra el principio de legalidad o vulnera garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

Así, se ha ocupado de precisar que, por razón de los principios de igualdad de armas e imparcialidad, dentro del sistema adversarial con tendencia acusatoria, el fallador está impedido para imponer su propia percepción acerca del tipo penal a imputar, pues tal proceder, vulnera con suficiencia, el debido proceso de los diligenciamientos abreviados.

Es de este modo como, en la sentencia SP9853-2014 se recordó que dado que en el régimen de la Ley 906 de 2004, el juez carece de iniciativa probatoria le está vedado el control material de la acusación, pues lo contrario, «comprometería al juez con el programa metodológico, y por sobre todo, con la iniciativa y responsabilidad de la Fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio y argumentativo de cara al juicio, a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.»

En la providencia mencionada la Corte añadió:

Respecto de la ausencia de control material de la acusación, ya la Sala se ha ocupado en extenso. Sentó el criterio según el cual de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal del 2004, solo el fiscal está autorizado para realizar la “tipificación circunstanciada” de los hechos:

La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio. (Ver CSJ, 15 jul.2008, rad. 29994, tesis reiterada en AP, 14 ago. 2013, rad. 41375, entre otras providencias).

La Corte reafirmó su anterior postura en AP de 21 de marzo de 2012, radicado 38256, al señalar:

En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).

...

La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge.

En sentencia proferida el 6 de febrero de 2013 Radicado 39892, subrayó la Sala que

aunque la regla general consiste en que en el modelo acusatorio de la Ley 906 de 2004, la calificación jurídica acogida por el ente acusador no puede ser cuestionada, esta regla admite excepciones; al indicar:

En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

2. Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).

(...)

No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que esta estructura un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa trasgresión de derechos y garantías superiores (sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28.872 y 31.280, en su orden).

(...)

3. La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación

del comportamiento, cuando se trate de violación a derechos fundamentales.

Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

La trasgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor.” (Destacado fuera del texto original).

En AP de octubre 16 de 2013, Radicado 39886, consideró la Sala:

La función requirente, no cabe duda, está en manos de la Fiscalía, y la jurisdiccional en las del juez; axioma que se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar -a su manera- el contenido de la acusación.

...

3.3.1. En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras³⁰, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica.” (Resaltado fuera del texto original)

Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir 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.

Ahora bien, en el presente asunto, la Sala ha podido establecer que los jueces de instancia se negaron a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual ejercieron control material de la acusación agravando el derecho fundamental al debido proceso previsto para formas abreviadas de terminarlo al suplantar al fiscal en la función de acusar.

Justamente al examinar las facultades con que cuenta el fiscal al momento de celebrar un preacuerdo con la defensa, la Corte Constitucional, en sentencias C-1260 de 2005 y C-059 de 2010, ha encontrado que se respeta el principio de legalidad cuando el fiscal adecúa la conducta en correspondencia con su tipicidad plena pero la enmarca en un delito relacionado de menor pena con miras a disminuir su consecuencia punitiva.

Por ello es importante recordar que en nuestro sistema procesal las partes pueden acordar el contenido fáctico y jurídico-penal de la pretensión punitiva, determinando con ello el alcance de la decisión jurisdiccional, pues el juez se encuentra a él vinculado, por expreso mandato del inciso 4º del art. 351, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

De manera que no cabe duda que el control material de la acusación realizado por los juzgadores, se convirtió en una irregularidad sustancial que afectó gravemente el debido proceso, por cuanto impidió la terminación anticipada del proceso, presupuesto operativo del sistema adversarial, de imprescindible acatamiento para el éxito del ejercicio

del ius puniendi en dicho modelo procesal. (Negrillas originales).

Más adelante, en otro pronunciamiento, la Sala reiteró (CSJ SP931-201631):

10.- Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

11.- EL CASO CONCRETO.

En el evento que la Corte estudia, se tiene por establecido que con posterioridad a la realización de las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento llevadas a cabo a iniciativa de la Fiscalía, en las cuales se les imputó a los indiciados (...) la presunta realización, como coautor y cómplice, respectivamente, del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación y tráfico o porte de armas de fuego o municiones, los días (...) la fiscalía suscribió sendos preacuerdos con cada uno de los mencionados, en los cuales éstos aceptaron su responsabilidad integral por los cargos que les fueron formulados pero en calidad de cómplices del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, definidos por los artículos 103, 104.7 y 364 del Código Penal, a fin de obtener la rebaja del 50% de la pena que habría de corresponderles, de conformidad con las previsiones del artículo 351 del Código

Penal, atendiendo la fase que atraviesa la actuación.

Dichos preacuerdos no fueron aprobados ni por el juez de conocimiento ni por el Tribunal que en segunda instancia conoció de la apelación interpuesta contra la decisión improbatória del acuerdo adoptada por el juez, al considerar que la actuación de los implicados correspondió, no a una complicidad como fue preacordado con la Fiscalía, sino a una coautoría, con lo cual ejercieron un verdadero control material de la acusación para imponer su propia teoría del caso sobre la de la fiscalía, y al hacerlo, agravaron el derecho fundamental al debido proceso previsto para la forma anticipada de terminación, pues suplantaron la función de acusar, constitucionalmente atribuida a la Fiscalía y con ello causaron grave perjuicio a los intereses de los procesados.

Lo anterior por cuanto no solamente se invadió la órbita funcional del órgano acusador, sino que les impidió a los implicados ejercer el derecho a declinar el ejercicio de actos de defensa, aceptando la responsabilidad penal por la conducta atribuida a cambio de una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de resultar vencidos en juicio, pese a la posibilidad de ejercer a plenitud el cúmulo de garantías procesales, entre las que cobra especial relevancia el derecho de defensa, tanto técnica como material.

Similar postura se acogió, recientemente, en la sentencia CSJ SP14191-201632, la cual se transcribe, en extenso, debido a que recoge un importante recuento jurisprudencial en el que se examinan las diversas modalidades de control judicial de la acusación y se escoge, finalmente, la misma que viene de reseñarse:

Control material de la acusación y de los acuerdos

Los rasgos esenciales del principio acusatorio corresponden al ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, la delimitación del proceso en fases de investigación y juzgamiento, conferida a organismos diferentes con

el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador, y la relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes³³.

En consonancia con estas máximas, tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento (artículos 250.4 de la [Constitución Política](#) y 336 y 339 inciso 2º del estatuto procesal).

Este acto de acusación, integrado por el escrito respectivo y la formulación oral de los cargos, ha sido entendido por la Sala como un ejercicio de imputación fáctico-jurídica, donde el Estado fija los contornos de la pretensión punitiva y delimita los referentes en torno de los cuales se adelantará la discusión sobre la responsabilidad penal del procesado (CSJ, AP4219-2016, 29 de junio de 2016, casación 45819).

El deber de acusar de la fiscalía también se expresa en la facultad de celebrar con el imputado o acusado preacuerdos y negociaciones orientados a que se anticipe la sentencia condenatoria, labor en la que el fiscal debe necesariamente gozar de un margen racional de maniobra, con el fin de que pueda adelantar su tarea de forma efectiva, en el entendido, además, que se trata de una forma de composición del conflicto, como ya lo ha precisado la Sala en otras oportunidades (CSJ AP2370-2014, 7 de mayo de 2014, Segunda Instancia 43.523).

Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias, (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de

violación de garantías fundamentales.

La postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886. En la primera, se dijo,

«[...] la confección del escrito de acusación es un acto de parte, de la Fiscalía General de la Nación, que, como se ve, está reglado, entre otros, por los artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004, acto que por su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales.

«En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de la acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio –solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo.

«[...] Permitir que el juez intervenga en la definición del nomen iuris de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre

la fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal”.

Esta postura fue reiterada en la sentencia de Casación 38256, de fecha 21 de marzo de 2012, (...)

En la decisión de Segunda Instancia de 14 de agosto de 2013 (radicación 41375), dentro de esta misma tendencia interpretativa, la Sala expuso,

«En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica de esa codificación debe ser la de articular un método que no genere incompatibilidades conceptuales a la hora de su aplicación, a partir de una fundamentación integral y con perspectiva sistemática...».

(...)

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004,³⁴ “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, a aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280. En la primera se dijo,

“En suma, la Corte Constitucional declaró exequible la facultad del fiscal de IMPUTAR la (s) conducta (s) en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, siempre y cuando se adelante esa labor de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, pues en últimas “a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

« [...] Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- medir el costo/beneficio del preacuerdo.

«Todo ello dentro de la legalidad, dentro de los márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalicen o desacrediten la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y el derecho de las víctimas a conocer la verdad» (Las negrillas y las cursivas pertenecen al texto original).

Y en la decisión de 8 de julio de 2009, precisó,

«Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con la simple

revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y debido proceso.»

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436.

(...)

En la sentencia SP9853-2014, de 16 de julio de 2014, casación 40871, la Sala reiteró la anterior postura en los siguientes términos,

«Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir 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».

La misma línea jurisprudencial fue planteada en la decisión AP6049-2014, de primero de octubre de 2014, Segunda Instancia 42452,

«En el proceso adversarial, por regla general el juez de conocimiento no puede controlar materialmente la acusación del fiscal, “pero excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes (CSJ, SP9853 16 de julio 2014. Radicación 40871).»

También se repitió en la sentencia CSJ SP13939-2014, de 15 de octubre de 2014, casación 42184, donde además se hicieron precisiones sobre la necesidad de que la intervención excepcional del juez obedezca realmente a violaciones objetivas y palpables, que no dejen duda sobre la real afectación de un derecho fundamental,

«El juez de conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la fiscalía, salvo que ésta desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

«Acerca de esta última circunstancia, para 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 en el 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-.

«De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.»

Y una vez más se reiteró en la sentencia CSJ SP14842-2015, de 28 de octubre de 2015, casación 43436, donde se dijo,

«Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 julio 2014, radicación 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial,³⁵ 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”.»

Recapitulando, se tiene entonces que el criterio jurisprudencial que la Sala acoge actualmente en esta materia, y que hoy se reitera, reconoce que el juez, por regla general, no puede hacer control material de la acusación o de los acuerdos en

procesos tramitados por la Ley 906 de 2004, y que solo le es permitido realizarlo, de manera excepcional, cuando objetivamente advierta afectaciones manifiestas y groseras de los derechos fundamentales. (Negrillas originales).

De igual manera, como lo reseñó el demandante, en pasada oportunidad, la Corte, en sede de tutela, conoció de similar caso al que hoy ocupa la atención de la Corte, ocasión en la que, tras reiterar la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en la materia, ratificó la imposibilidad de inmiscuirse indebidamente en la calificación jurídica determinada por el órgano de persecución penal en los preacuerdos. Así se pronunció (STP1132-201436):

La Fiscalía 1 Especializada de Manizales decidió en virtud del preacuerdo celebrado con la defensa y como única rebaja compensatoria, eliminar el agravante del delito enrostrado, esto es, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

No obstante, para el Juez colegiado no resulta ajustado al principio de legalidad que en la acusación se haya contemplado a favor del procesado, dicha eliminación, pues a su juicio, la situación de flagrancia y la cantidad de alijo incautado no lo permiten.

Así las cosas, y con fundamento en la jurisprudencia expuesta en el primer acápite, la Sala considera que tal postura representa una ostensible vía de hecho en la actuación, afectante de la garantía fundamental del debido proceso por desconocimiento de los límites de competencia que le correspondía respetar al Tribunal Superior de Manizales frente a la acusación.

Por tanto, resulta desatinado que el Tribunal infiera que el sustento fáctico se desconoció por la eliminación de un agravante e imponga conclusiones que el ente acusador, dueño de la investigación, no acepta, al mismo tiempo incurre en el error de desconocer que la realidad de los hechos y de las proposiciones probatorias que de éstos emergen,

corresponde a la Fiscalía, quién determina su verdadero alcance a partir del programa metodológico de investigación aplicado.

Ahora bien, esta Corporación ha precisado que lo anterior no significa que el juez sea un “convidado de piedra” cuando se evidencie que la acusación no cumple con los presupuestos mínimos de entendimiento, pues ante tal situación podrá solicitar su aclaración, pero nunca interferir en la calificación jurídica que del acontecer fáctico haga la fiscalía:

Si en el proceso de formación del conocimiento, fácticamente deviene en un despropósito por confusa, contradictoria, manifiestamente improcedente, que implique en la práctica, en términos de racionalidad y razonabilidad, que no existe, es decir, que enerva cualquier probabilidad de agotar un juicio por tratarse de un absurdo, en eventos enmarcados en lo insólito e inaudito, puede excepcionalmente el juez requerir su aclaración formal a unos lineamientos que habiliten su comprensión. Pero esto, se resalta, solo ante un escenario que conjure la finalidad del juicio por la presencia de aspectos objetivos que conlleven a que sea inútil su realización. En otras palabras, si es diáfano que la acusación es su punto de partida, demarcando el ámbito en el que se ha de desarrollar, de ser esta ininteligible e improcedente, ningún sentido tendría debatir circunstancias que no cuentan con la capacidad de ser asimiladas por los convocados a su discusión³⁷. También la dinámica del sistema colapsaría, si se somete la administración de justicia a un desgaste por controversias inanes debido a su ostensible inviabilidad.

Esta perspectiva, desde luego, no aplica para inmiscuirse en la calificación jurídica de los hechos efectuada por la Fiscalía, titular de la acción penal, pues, ya se anotó, el modelo procesal adoptado por la Ley 906 de 2004, no prevé control judicial a la acusación y la lógica del sistema funciona en el antagonismo ante un tercero imparcial.³⁸

Adicionalmente y confrontando la postura de la Sala de Casación Penal de esta Corporación

con los argumentos que tuvo la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales para anular la actuación a partir de la verificación del preacuerdo, no cabe duda que la fiscalía fue despojada de sus funciones.

Bajo este panorama, fácilmente se concluye que el tribunal incurrió en un defecto procedimental que se erige en una violación al debido proceso por dar un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia³⁹ al:

(i). Apartarse de uno de los presupuestos esenciales del sistema acusatorio⁴⁰ al anular la actuación de la fiscalía para en su lugar indicarle como debe realizar la imputación.

(ii). Desconocer el carácter vinculante del precedente jurisprudencial dominante de la Corte Suprema de Justicia, sin señalar las razones de tal proceder, como tampoco justificó porque su inferencia resultaba más acorde a la Constitución y la ley.

Frente a este tópico, se aprovecha la oportunidad para resaltar lo que ha dicho la Corte Constitucional en su sentencia C-634 de 2011:

(...)

(iii). Fijar los parámetros bajo los cuales la fiscalía debe imputar al accionante una agravante.

(iv) Omitir pronunciarse frente al verdadero objeto del recurso de apelación interpuestos por el Ministerio Público contra el fallo condenatorio proferido contra el accionante.

Así las cosas, es evidente como el juez colegiado asumió el rol de co-acusador al mutar la

imputación de la fiscalía agravando la situación jurídica del accionante, lo cual desconoce por completo el principio de imparcialidad que caracteriza el sistema acusatorio.

De modo que, son estas las razones por las cuales la Sala amparará el derecho fundamental al debido proceso en cabeza del accionante, y en consecuencia, dejará sin efectos el auto del 25 de septiembre de 2013, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales.

Bajo este entendido, se ordenará al Tribunal que en el término de 15 días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, profiera la sentencia que en derecho corresponda, limitando su estudio al tema propuesto en la apelación interpuesta por el Ministerio Público frente al fallo condenatorio proferido contra el actor el 11 de abril de 2013, por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales.

Como bien queda claro en el rastreo jurisprudencial aquí citado, producida la acusación por parte del ente investigador o materializado el acuerdo entre las partes –Fiscal y procesado-, el juez, por más que su criterio le indique que cierta adecuación típica es la que mejor se corresponde con los supuestos fácticos imputados, no puede tener ninguna injerencia en ella, sin contrariar el principio adversarial y la imparcialidad que le demanda el ejercicio del cargo, salvo en aquellos casos en que el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico sea tal que raye con la ilicitud, lo manifiestamente ilegal o trasgresor de las garantías fundamentales mínimas.

3.2. Inaplicación del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 a los preacuerdos de que trata el canon 350 ejusdem

Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos

entre la Fiscalía y el procesado tienen por propósito humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

Para alcanzar esas finalidades existen varias modalidades de preacuerdo que permiten terminar anticipadamente el proceso.

El más básico y que encuentra su símil en el allanamiento a cargos -salvo porque este es de carácter unilateral- consiste en la aceptación pura y simple de los cargos formulados al acusado, que en contraprestación recibe una rebaja de una proporción fija en «la pena imponible» (artículos 293 y 351, inciso primero).

Los demás implican negociaciones sobre i) «los hechos imputados y sus consecuencias» (artículo 351) o ii) «los términos de la imputación» (artículo 350, inciso primero), la eliminación de «alguna causal de agravación punitiva» o de «algún cargo específico» (artículo 350, inciso segundo, numeral primero) o la tipificación de la conducta «de una forma específica con miras a disminuir la pena» (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo).

Precisamente, en relación con este último tipo de preacuerdos -los enunciados en el numeral ii)- es que deviene improcedente la aplicación del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el precepto 57 de la Ley 1453 de 2011, según el cual «la persona que incurra en las causales anteriores [es decir, las que configuran situaciones de flagrancia] sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004».

Sobre el particular, en pasada oportunidad, la Corte sostuvo (CSJ SP-2168-201641):

5.3. Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante la captura en flagrancia

de los procesados, se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleve una rebaja en monto superior al previsto en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación⁴², se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibidem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el párrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley indicada «en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros

inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.»

En las conclusiones de esa decisión, se consignó:

La Corte Constitucional entonces declarará exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de

pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del párrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia.

5.4. La Corte debe hacer un llamado a la Fiscalía y a los jueces de conocimiento en el sentido que los términos de los preacuerdos deben ser lo suficientemente claros para que todas las partes tengan absoluta claridad respecto de lo que se está conviniendo.

Así mismo, que no se podrán crear tipos penales ni variar la situación fáctica imputada, habida cuenta que se violaría el principio de legalidad.

El Juez que haga el control respectivo, debe esclarecer, durante la audiencia de verificación, cualquier pasaje oscuro en la redacción del texto y si, en todo caso, surgieran diversos entendimientos del mismo, deberán interpretarse por los jueces a favor del acusado, por aplicación del principio de favor rei.

Lo anterior significa que, pese a que el imputado haya sido capturado en flagrancia, si éste celebra con la Fiscalía un preacuerdo de la naturaleza recién mencionada -no sobre los hechos imputados y sus consecuencias-, sino sobre los términos de la imputación, no está sometido al referido descuento de una cuarta parte sobre el porcentaje autorizado por la ley, según se trate de cada una de las fases en que puede llegarse al acuerdo, sino a la rebaja que resulte de la negociación de dicha imputación jurídica, en cualquiera de sus vertientes -la eliminación de «alguna causal de agravación punitiva» o de «algún cargo específico» (artículo 350, inciso segundo, numeral primero), la tipificación de la conducta «de una forma específica con miras a

disminuir la pena» (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo)-.

Claramente, el resultado será una nueva estructura típica más benigna al acusado con la consecuente aminoración punitiva que aquella representa, en la que no cabe ningún discernimiento del juzgador enderezado a establecer si esa deducción de la pena encuentra su equivalente en la rebaja de la cuarta parte del descuento autorizado en la ley, según la etapa en que se celebre el preacuerdo.

En efecto, razón le asiste a la señora Procuradora cuando afirma que el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 no aplica respecto de los preacuerdos que tienen por objeto una depreciación en la adecuación típica de la conducta, en tanto las rebajas resultantes no están en sí mismas sometidas a la aplicación de proporciones legales sino a los quantum de cada tipo penal en particular una vez determinado con todas sus circunstancias.

4. El caso concreto

En el asunto examinado se tiene que, luego de que el 28 de septiembre de 2013 la Fiscalía 52 Seccional le formulara imputación a Jesús María Ortiz Scarpetta por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, descrito en los artículos 376 y 384.3 del Código Penal⁴³, el 19 de noviembre siguiente las partes celebraron un preacuerdo en el que el imputado aceptaba su responsabilidad, a título de autor, en el delito endilgado, a cambio de que se sustrajera la circunstancia específica de agravación, consagrada en el artículo 384.3 ejusdem, constituyendo esa la única rebaja compensatoria por el convenio.

Ahora, atendiendo factores tales como la gravedad de la conducta, el daño real y potencial creado, la considerable cantidad de sustancia estupefacientes incautada, la intensidad del dolo, dada la forma en que aquella venía camuflada y la necesidad y función de la pena, se señaló que el procesado aceptaba, en definitiva, las penas de 12 años de

prisión y 4.810 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴⁴ -sanciones ubicadas dentro del primer cuarto de movilidad-.

El siguiente, en lo pertinente, es el texto del preacuerdo:

De acuerdo con la naturaleza de la conducta investigada, resulta procedente reconocer la REBAJA DE PENA que establece el Art. 350 del C.P.P, que para el caso, atendidas las circunstancias en que se registran los hechos, la forma como se logró vincular al imputado al proceso, su colaboración al momento de su captura, el momento procesal en que se está celebrando este preacuerdo, el cual surge por iniciativa del imputado y la defensa, justo después de celebrarse la audiencia de formulación de imputación de cargos y antes de presentarse el escrito de acusación, además de obtener una pronta y efectiva administración de justicia; frente a la anterior aceptación de cargos efectuada por el imputado a cambio de que la Fiscalía ELIMINE LA CAUSAL DE AGRAVACIÓN PUNITIVA prevista por el No. 3 del Art. 384 del Código Penal, y como ocurre un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, esto constituirá la ÚNICA REBAJA compensatoria por este acuerdo.- En ese entendido, las penas se deberán determinar partiendo de la señalada en el inciso 1º Artículo 376 del Código Penal, que establece: PENA DE PRISIÓN MÍNIMA de 128 meses ó 10 años 8 meses. PENA DE PRISIÓN MÁXIMA de 360 meses o 30 años: como PENA DE MULTA MÍNIMA (sic) de 1.334 SMLMV y PENA DE MULTA MÁXIMA de 50.000 SMLMV.-

Teniendo en cuenta los fundamentos para la individualización de la pena que regula el art. 61 del CP. y como quiera que hasta este momento procesal, respecto del imputado sólo re (sic) registran CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD, tal como lo regula el No. 1º del Art. 55 CP., como lo es la carencia de antecedentes penales, y no advirtiéndose CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD conforme al Art. 58 CP., debemos indicar que la pena se debe determinar dentro del primer cuarto mínimo, que se comprende entre 128 meses a 186 meses de prisión, y de 1.334 SMLMV a 13.500,5 SMLMV de multa,

específicamente, y observando aspectos como la gravedad de la conducta, el daño real y potencial causado, la naturaleza de las causales de agravación, en especial la considerable cantidad de sustancia estupefacientes (sic) que venía siendo transportada por el imputado, la misma intensidad del dolo, la forma como venía camuflada la sustancia, la necesidad de pena y su función en este caso concreto, se tasa la pena, y se acuerda y fija que el imputado JESUS MARIA ORTIZ SCARPETTA, ACEPTA en definitiva la PENA DE PRISION en CIENTO CUARENTA Y CUATRO (144) MESES o lo que es igual a DOCE (12) años de prisión, y como PENA DE MULTA se fija en CUATRO MIL OCHOCIENTOS DIEZ (4.810) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a la ocurrencia de los hechos -

No se desconoce que la vinculación del imputado a este caso obedeció a una captura calificada en situación de flagrancia, por ello, en este caso resultaría procedente tener en cuenta lo regulado por la ley (sic) 1453 del 24 de junio de 2011 -Ley de seguridad ciudadana-, que en su artículo 57 adicionó el parágrafo único al artículo 301 del C.P.P., donde se refiere el reconocimiento de 1/4 parte del beneficio del Artículo 351 del C.P.P., norma que regula la aceptación de cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación; en ese entendido, y como quiera que el imputado resultó beneficiado con la eliminación de la causal de agravación de la conducta penal consagrada en el artículo 384 No. 3 del CP., éste beneficio se constituyó como única rebaja compensatoria por este preacuerdo, resultando inaplicable cualquier otro descuento o beneficio a su favor (Art. 350 y 351 del C.P.P.).-

Para efectos del presente preacuerdo, se ha pactado, dentro del marco de la legalidad y sin el desconocimiento de las garantías fundamentales, y teniendo en cuenta los criterios para la determinación de pena del artículo 60 y 61 del Código Penal, estableciéndose que se trata de una conducta atentatoria contra la SALUD PÚBLICA, en modalidad CONSUMADA, a título de DOLO, y de igual forma la REDUCCIÓN DE PENA establecida por el artículo 350 y 351 del C.P.P., establecida como ÚNICA REBAJA compensatoria, en atención a que se trata de la celebración de un preacuerdo por

posterioridad a la formulación de imputación y antes de la presentación del escrito de acusación. De la misma manera, se consideraron las CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD Art. 55 CP.; y las de las (sic) CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD del Art. 58 C.P.-

Respecto de los Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como lo es la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 63 CP.), al igual que la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión (Art. 38 CP.), y de todos aquellos aspectos relevantes en la sentencia que se llegue a imponer, de acuerdo al poder discrecional, dentro del marco de la legalidad, quedarán bajo el criterio y razonabilidad del Juez de conocimiento al momento de aprobar el presente preacuerdo y emitir la correspondiente sentencia definitiva, temas de los que se efectuará su respectiva evaluación por parte de la Fiscalía y la Defensa, en el preciso momento que se de aplicación a lo establecido en el artículo 447 del C.P.P., en especial se tratará sobre la gravedad y modalidad de la conductas (sic) penal aceptada, la pena de prisión a imponer antes preacordada y el arraigo registrado por el imputado.-45 (Negrillas originales).

Este preacuerdo, sin embargo, fue improbadado por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Florencia el 9 de diciembre de 2013, en la medida que, a su juicio, dada la situación de flagrancia, dicho pacto vulneraba el principio de legalidad porque la única rebaja posible era la descrita en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el 57 de la Ley 1453 de 2011⁴⁶ y el derecho a la igualdad respecto de las personas con las personas no capturadas en flagrancia.

Así, partió por recordar que la Corte -sentencia del 11 de julio de 2012- ya había precisado que en casos de aceptación de cargos, el imputado únicamente tendría derecho a una rebaja de un cuarto del beneficio previsto en el artículo 351 de la Ley 906, luego de lo cual, destacó que el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 moduló el monto de la rebaja de

pena a que tenían derecho las personas capturadas en flagrancia y que se hubiesen allanado a cargos en la audiencia de imputación, por lo que esa disposición no desconoció los institutos de allanamiento a cargos y preacuerdos y negociaciones.

De esta manera, consideró que, distinto a lo expuesto por el defensor, dicha norma «no vulnera el principio de igualdad, en lo atinente a los beneficios punitivos consignados en la Ley 906 de 2004 frente a los institutos en precedencia enunciados y para aquellos sujetos que no fueron aprehendidos en flagrancia, pues en torno a ese tema no se puede predicar que en ambas circunstancias las personas se encuentran en igualdad de condiciones, pues no es lo mismo haber sido capturado en flagrancia que ser ajeno a tal situación, por cuanto en el primero de los supuestos, surge con mayor nitidez el compromiso penal por esa particularidad, concluyéndose que el desgase del Estado, en orden a investigar la infracción a la ley, es mucho menor cuando media flagrancia que cuando está ausente esa evidencia probatoria; de ahí que no resultaría equilibrado otorgar el mismo beneficio punitivo si el allanamiento a cargos o el acuerdo lo realiza un imputado descubierto en flagrante delito que cuando la aceptación de culpabilidad tiene lugar sin que exista una situación de tanto compromiso probatorio.»

Añadió que, dicho precepto acogió la hermenéutica de la Sala en el sentido que la rebaja punitiva para las personas en situación de flagrancia, no podía alcanzar el 50% y que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 348 ejusdem, el fiscal está obligado a observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

En ese orden, se refirió a la Directiva 001 de 2006 en la que se establece que la finalidad de los preacuerdos y negociaciones, será el de lograr una justicia material y efectiva, y que ese instrumento, no podrá utilizarse sólo para resolver casos, acelerar la justicia, descongestionar los despacho judiciales, ni como una forma de conciliación o

mediación y que cuando se negocien rebajas de pena, el cálculo de esta, como fruto de la negociación, podrá tener en cuenta factores como la oportunidad del acuerdo y la colaboración para definir el caso, directrices que, a juicio del juzgador no se acataron en el caso concreto.

Y agregó:

Claro, no es que por parte del suscrito juez se afirme que los casos de flagrancia estén excluidos de los preacuerdos, lo que se debe tener en cuenta, es que con ellos no se quebrante el debido proceso, el cual cobija el principio de legalidad de los delitos y de las penas, que en un caso como el presente, donde el imputado fuera de aceptar los cargos por fuera de la diligencia de imputación, resulte beneficiado con un descuento igual al que tendría sino hubiera sido capturado en flagrancia.

Es que resulta inadmisibles que una persona que es capturada en situación de flagrancia portando más de (sic) 5 kilos, por dar un ejemplo lleve 6 kilos, se le formule la imputación, y de inmediato acepte su responsabilidad, únicamente se le rebaje el 12.5% y otra que no se allanó a esa imputación, le encuentren 614 kilos, y a cambio (sic) de nada llegue a un preacuerdo con la Fiscalía 3 meses después, y por efectos de quitarle el agravante, resulte premiada con una rebaja de aproximadamente el 50% que es lo que implica en este caso condenarla sin dicho agravante. Considera este Juzgado, que ello no aprestigia la justicia, por el contrario, la desprestigia, resulta cuestionada por la sociedad, a más de que resulta una grave injusticia y rompe con el principio de igualdad ante la ley de personas capturadas en igualdad de circunstancias.

El mensaje que se envía a la sociedad, es: Si es capturado en situación de Flagrancia, no se allane en la imputación, y luego preacuerde con la Fiscalía sin dar nada a cambio, que le resulta más benéfico.

La Corte Constitucional en sentencia C-516 de 2007, a propósito del tema de los

preacuerdos, sostuvo que el control que ejerce el funcionario de conocimiento es de carácter eminentemente judicial:

(...)

Y no creemos que con estos preacuerdos, se logre la eficacia del ejercicio de la justicia, pues de acuerdo a la ponderación efectuada sobre quien se allana a cargos y quien no lo hace en las mismas circunstancias, y luego sin más logra un preacuerdo con la Fiscalía, no se estaría haciendo una adecuada justicia, yendo en contravía de las pautas del Fiscal GENERAL DE LA NACION, y de la política criminal del estado (sic), siendo una de ellas, el que las personas capturadas en flagrancia, reciban un descuento punitivo inferior al (sic) que no es capturada en tales circunstancias.

Finalmente, debe recordarse lo que en esa ocasión señaló la Sala Penal del Tribunal de Florencia, y es que los descuentos de pena que impliquen los preacuerdos, no pueden resultar superiores al descuento que la ley otorga por aceptación de cargos, dependiendo el momento procesal, es decir, que en este caso, el descuento de pena por el preacuerdo no podría ser superior al 12.5%, que es el equivalente a un cuarto del beneficio, y así lo advirtió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 36.507 del 24 de agosto de 2011 con ponencia del doctor JULIO E. Socha Salamanca, al decir que:

“Al contrario, la Sala no puede dejar de destacar que la situación de aquél y de quienes suscribieron el “preacuerdo” con la Fiscalía, resultó ampliamente favorecida con una terminación negociada que raya en el desconocimiento de las formas propias del juicio en esa materia, pues al ocurrir dicho pacto después de presentado el escrito de acusación, lo convenido por las partes acusadora y acusada en ningún caso podía ser superior o significar un descuento mayor a la tercera parte de la pena (Ley 906 de 2004, artículo 352) que podía imponerles el juez de conocimiento con sujeción a la calificación jurídica

de las conductas y a su libertad reglada en la dosificación de la sanción.⁴⁷

Recurrida esta decisión por el ente acusador y la defensa fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia en auto de 15 de enero de 2014⁴⁸ al considerar que, respecto de las personas capturadas en flagrancia, la única rebaja viable es la de la cuarta parte del beneficio a que alude el artículo 351, teniendo en cuenta que el párrafo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011 emplea la expresión «sólo»⁴⁹ y, en ese orden, la rebaja en la proporción señalada es lo único procedente frente a la aceptación de cargos del capturado en flagrancia y no otro tipo de beneficios como la eliminación de causales de agravación.

Para el efecto, tras expresar que «existe norma expresa que por vía de especialidad, regula lo atinente a los preacuerdos que celebren los capturados en flagrancia y de ahí que sea dicho precepto el aplicable con referencia a la norma general del 351 y no ésta directamente»⁵⁰, y aludir al alcance del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal y de la Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006 de la Fiscalía General de la Nación, estimó que el artículo 351 «está sujeto no sólo a la limitante del artículo 301, así no lo señale expresamente, sino también a factores tales como la oportunidad del acuerdo, la colaboración- para definir el caso, la materialización de una justicia efectiva y el aprestigiamiento de la misma.»⁵¹

De ese modo, habida cuenta que, el acuerdo se adoptó un par de meses después de que el encartado no se allanó a los cargos de la imputación que se le formuló, con ocasión de la captura en flagrancia de que fue objeto y, tampoco medió colaboración alguna con la justicia, el ad quem estimó que «la figura que surge de la situación fáctica no es directamente la establecida en el artículo 351 del C.P.P sino aquella establecida en el artículo 301 del C.P.P., la cual establece los casos de captura en flagrancia.»⁵²

Al respecto, explicó:

Para la Sala, no es posible, en principio, confundir las rebajas punitivas que consagran los artículos 301 y 351 del C.P.P., respectivamente, pues ellas derivan de situaciones fácticas diversas como son las del capturado en flagrancia y de quien no lo es.

Es necesario diferenciar la situación fáctica del caso para dar aplicabilidad correcta a cada uno de los presupuestos legales citados.

En este sentido, las rebajas por aceptación de cargos de quien es capturado en flagrancia puede llegar a ser diferente de quien no fue capturado en flagrancia hipótesis esta última en que la persona puede realizar preacuerdos con la Fiscalía con el fin de obtener beneficios a cambio de declararse culpable, obviamente previo el cumplimiento de algunos requisitos, descuentos que dependerán de la etapa procesal en la cual se realice la negociación.

La razón de las diferencias en las eventuales rebajas punitivas, entre los dos instrumentos obedece a que en el caso de las capturas en flagrancia el procedimiento se maneja de una forma diferente, puesto que en este caso contra la persona ya existe material probatorio, que de ir a juicio, podría demostrar la responsabilidad del capturado sin necesidad de su correspondiente aceptación, puesto que debe entenderse la flagrancia como una forma de evidencia procesal, debido a que la persona que realiza una conducta considerada ilícita es sorprendida, verbigracia, al momento de realización- de la conducta o momentos después, lo cual refleja una de las características propias de esta figura procesal.

De ahí, que tratándose de una persona que fue sorprendida y capturada al momento de ejecutar una conducta punible, no represente para ella, al momento de realizar un preacuerdo con la Fiscalía un descuento mayor al establecido en el parágrafo del artículo 301, el cual con plena claridad establece que “La persona que incurre en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Razón por la cual, si una persona capturada en flagrancia no acepta los cargos en la audiencia de imputación y luego de ella decide aceptar los cargos a cambio de un acuerdo con la Fiscalía para disminuir la pena, ésta no podrá ser mayor a $\frac{1}{4}$ parte del beneficio consagrado en el 351, esto es, del 50%, así que solo tendrá $\frac{1}{4}$ del 50% del beneficio.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 11 de julio de 2012, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO:

(...)

Así las cosas, lo que quiso el legislador con la modificación introducida al artículo 301, con el párrafo, fue la de regular el descuento punitivo en los casos de aceptación de cargos o preacuerdos y negociaciones en casos de captura en flagrancia, teniendo en cuenta que si bien el espíritu del legislador fue establecer una figura que permitiera la terminación anticipada de los procesos, ello no puede llevar al absurdo de otorgar descuentos en iguales proporciones a personas que se encuentran en diversas situaciones y que por ende su compromiso y colaboración con la justicia es así mismo desigual.

La persona capturada en flagrancia mal puede pretender, posteriormente y sin cambio de las circunstancias, preacordar rebajas punitivas mayores a las que consagra el párrafo del artículo 301. El beneficio, como lo dice la Jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Justicia, tampoco puede ser de iguales proporciones cómo quiera que los presupuestos de hecho son diferentes respecto de quien no fue capturado en flagrancia, razón de ser lo contemplado con la introducción del párrafo del artículo 301.

Efectivamente, consagra dicho párrafo, que la rebaja en aceptación de cargos o preacuerdos y negociaciones que realice el imputado capturado en situación de flagrancia

sólo podrá ser de $\frac{1}{4}$ parte de la establecida en el 351, es decir, de $\frac{1}{4}$ del 50%, atendiendo, a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y coherencia con la aplicación de la norma, pues de lo contrario, todas las personas capturadas en flagrancia, no aceptarían cargos en la audiencia de imputación y esperarían a celebrar un preacuerdo en una etapa posterior para obtener una rebaja mayor a la que obtendría de aceptar los cargos en dicha audiencia como lo admite la defensa está sucediendo en el Distrito.

En ese orden de ideas, en el caso concreto, se observa que la formulación de imputación en contra de JESUS MARIA ORTIZ se realiza el 28 de Septiembre de 2013, ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Teruel, Huila, sin que el imputado hubiere aceptado los cargos y luego dos meses después el 14 de Noviembre de 2013, el delegado de la Fiscalía presenta acta de preacuerdo.

En el preacuerdo el procesado acepta los cargos formulados por la Fiscalía, bajo el entendido que la Fiscalía le solicitaría al Juez de conocimiento, que al momento de imponer la sanción que corresponda, le imponga una pena de 144 meses de prisión al suprimirle la agravante prevista en el numeral tercero del artículo 384 del CP., descuento que equivale cerca al 50% de que trata el inciso primero del artículo 351 del C.P.P., teniendo en cuenta que se produce de manera posterior a la audiencia de imputación.

Sin embargo, el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado, no imparte aprobación al mismo, haciendo la salvedad que se estaba enviando un mensaje equivocado a la sociedad al admitir que una persona que no se allano (sic) a los cargos en la audiencia de formulación de imputación, capturada con casi una tonelada de cocaína reciba un descuento del 50% que es lo que casi representa la supresión de la agravante y una persona que en dicha audiencia y con una cantidad de 6 kilos, por ejemplo, acepte cargos solo reciba una rebaja del 12.5%, pues no es eso lo que ha indicado la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos y menos aún lo establecido por el Fiscal General de la nación en sus directrices.

Se encuentra, entonces, -claro para esta Sala, que la decisión tomada por el Juez de instancia se encuentra ajustada al procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004 para el caso de celebración de preacuerdos y negociaciones en los casos de captura en flagrancia, tal y como aquí sucede.⁵³

Ambas decisiones fueron cuestionadas en sede de tutela, pero la Sala de Casación Penal (CSJ SPT-5616-201454) argumentó que la acción constitucional era improcedente habida cuenta que se trataba de un proceso en curso en el que «la parte actora deberá ejercer todas las facultades que le otorga la codificación procesal penal vigente», además que no advirtió la inminencia de un daño irreversible.

Ante tal circunstancia y teniendo en consideración que el procesado tenía la firme intención de aceptar su responsabilidad en los hechos endilgados, el 21 de marzo de ese año suscribió con el ente acusador un nuevo preacuerdo en el que aquél se declaró responsable en los términos de la imputación inicial, es decir, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, conforme a los artículos 376 y 384.3 del Código Penal, a cambio de lo cual solo recibiría una rebaja de la cuarta parte de la mitad de la pena⁵⁵, preacuerdo aprobado el 13 de agosto siguiente por el Juez cognoscente⁵⁶.

Como era de esperarse el juez de conocimiento condenó a Jesús María Ortiz Scarpetta, en calidad de autor del referido injusto, a las penas principales de doscientos veinticuatro (224) meses de prisión, multa en cuantía de dos mil trescientos treinta y cuatro (2334) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por periodo igual a la privativa de la libertad.

Esta decisión fue confirmada, en su integridad, por el Tribunal el 5 de noviembre de 2015⁵⁷, oportunidad en la que reiteró, en su integridad, las razones que lo llevaron a

ratificar la improbación del primer preacuerdo.

Evidentemente, la no aprobación del preacuerdo del 19 de noviembre de 2013, en el que la Fiscalía excluyó la circunstancia de agravación específica descrita en el artículo 384.3 del Código Penal comportó una irrupción arbitraria de los falladores en el ámbito de discrecionalidad del ente investigador haciendo un control material indebido sobre el nomen iuris determinado por el órgano de persecución penal que no solo obligó a las partes a llegar a un acuerdo acorde con la teoría del caso de los juzgadores sino que conminó al encartado a admitir, en un segundo preacuerdo, la concesión de una escasa rebaja del 12.5% de la pena, dada la situación de flagrancia en que fue capturado el inculcado, que también deviene ilegal, dada la naturaleza del preacuerdo inicial –sobre los términos de la imputación, concretamente la eliminación de una agravante–, que impedía la aplicación del párrafo del artículo 301 del Código Penal, adicionado por el canon 57 de la Ley 1453 de 2011.

Con tal proceder los sentenciadores vulneraron los principios de imparcialidad y legalidad y, por ende, la estructura del proceso penal abreviado escogido por las partes, lo cual, en principio, daría lugar a la invalidación de la actuación a partir de la decisión que improbo el primer preacuerdo, sino fuera porque otra solución menos gravosa se ofrece pertinente, de cara al principio de residualidad que rige la declaratoria de las nulidades.

En efecto, en pasada oportunidad, ante un caso similar la Corte fue del criterio que (SP-9853-201458):

En principio, las vulneraciones al debido proceso que se presentaron en el asunto objeto de decisión darían pie a que se analizara la posibilidad de invalidar la actuación, sino fuera porque, en atención al último de los mencionados principios, el de residualidad, la Corte observa que no es necesario acudir a esa medida extrema para restablecer el debido

proceso de (...); más aun cuando el casacionista concreta su inconformidad en la desaprobación de los acuerdos, por lo cual solicitó a la Corporación casar la sentencia y dictar el fallo de reemplazo, precisamente reconociéndole validez al primero, o en su defecto al segundo, petición en la que coincidieron los representantes, tanto de la Fiscalía como del Ministerio Público en el curso de la sustentación oral de este trámite extraordinario.

Y de manera más reciente, reiteró (CSJ SP14191-201659):

Dado que el vicio se originó en la decisión del Tribunal Superior de Medellín de improbar el acuerdo, con las implicaciones sustantivas, procesales y punitivas adversas que de allí se derivaron para los recurrentes, la solución que en principio se ofrece posible sería la invalidación de la decisión del tribunal, para que el proceso retome los cauces del trámite abreviado y se dicte sentencia anticipada por los delitos de desaparición forzada en relación con los procesados (...), manteniendo la validez del juicio por los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado agravado, por los cuales fueron absueltos al término del proceso ordinario.

En atención, sin embargo, al principio de residualidad que gobierna la declaración de las nulidades, que ordena acudir a esta opción cuando no existe otro medio procesal que permita subsanar la irregularidad, la Sala considera que la solución propuesta por la juez de primera instancia, de mantener para los procesados (...) la condena por los delitos de desaparición forzada agravada en concurso homogéneo, en condición de cómplices, y reconocerles adicionalmente la rebaja del 50% de la pena, estipulada con la fiscalía en el acuerdo que el Tribunal invalidó, con los ajustes que se anunciarán más adelante, restablece las garantías conculcadas y permite el mantenimiento de la validez del proceso.

Esta solución resulta compatible con la jurisprudencia desarrollada por la Sala frente a

casos similares, en los que ha acudido a la fórmula de reconocer la rebaja de pena correspondiente, cuando, como ocurrió en este caso, el derecho que le asiste al procesado de acogerse a la figura de la sentencia anticipada y a obtener rebajas de pena u otros beneficios por dicho motivo, se frustra por actuaciones imputables a los funcionarios judiciales (CSJ SP, 10 de abril de 2003, casación 16528, entre otras).

Se desestima de esta manera la pretensión de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, quien propugna porque se retrotraiga la actuación hasta la improbación del acuerdo, con el argumento de que la rebaja del 50% sería excesiva, por haberse realizado el acuerdo en el curso de la audiencia de formulación de la acusación, pues al margen de la antinomia que pueda presentarse entre los artículos 350 y 352 del estatuto procesal en torno al momento procesal hasta el cual procede la rebaja del 50%, lo cierto es que este no fue el motivo que determinó la improbación del acuerdo por parte del Tribunal de Medellín.

Así las cosas, para restablecer las garantías vulneradas, la Corte casará el fallo impugnado, pero no declarará la nulidad de lo actuado, sino que le impartirá aprobación al primer preacuerdo, atenderá los términos de ese convenio e impondrá la pena de conformidad.

La eliminación del agravante consagrado en el artículo 384.3 del Código Penal, relativo a la cantidad de estupefaciente incautado, contrario a lo considerado por las instancias, no se ofrece lesivo de las garantías fundamentales debidas a las partes e intervinientes, en la medida que su exclusión, no impide la adecuación de los hechos en la descripción típica básica del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, en su modalidad de transportar, pues ninguno de los elementos normativos, característicos de la conducta contra la salud pública, sufre alguna alteración como para que pudiera ser inviable su imputación.

En efecto, se advierte que, pese a la exclusión del aludido agravante, el comportamiento desplegado por Ortiz Scarpetta, consistente en transportar por el río Caquetá, a bordo de una embarcación, una alta cantidad de sustancia estupefaciente -cocaína-, sigue estando tipificado en el tipo básico de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Del mismo modo, se observa que dicho preacuerdo se suscribió en una fase temprana del diligenciamiento, un poco después de la audiencia de formulación de imputación, luego, la eliminación de la referida circunstancia intensificadora, en ese preciso instante procesal no se ofrece necesariamente desproporcionado o lesivo del principio de legalidad del delito.

Igualmente, si se observa la manifestación hecha por el procesado ante el juez cognoscente durante la audiencia de verificación del primer preacuerdo, en el sentido que lo pactado con el delegado de la Fiscalía fue libre, voluntario y debidamente informado y asesorado por su defensor, queda a salvo cualquier incertidumbre sobre la existencia de algún vicio del consentimiento.

En ese orden, no existiendo ninguna limitante para tener por aprobado dicho acuerdo, la Sala es del criterio que Jesús María Ortiz Scarpetta debe ser condenado, a título de autor, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito en el artículo 376 del Código Penal, en los términos del preacuerdo del 19 de noviembre de 2013, reconocimiento que, en principio, conduciría a imponer las penas principales de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y cuatro mil ochocientos diez (4.810) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, así como la accesoria por igual término de la sanción privativa de la libertad, porque así lo pactaron las partes.

No obstante, habida cuenta que la pena de multa impuesta a Ortiz Scarpetta en la sentencia impugnada es inferior a la que se había acordado en un principio, y el

recurrente en casación es único –la defensa en representación del acusado-, en salvaguarda del principio de no reformatio in pejus, la Corte optará por seleccionar aquella: dos mil trescientos treinta y cuatro (2.334) salarios mínimos legales mensuales vigentes y no la definida en el primer preacuerdo, equivalente a cuatro mil ochocientos diez (4.810) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo, como quiera que, aún con la rebaja sustancial de pena que la aprobación del primer preacuerdo le irroga al procesado, siguen sin satisfacerse los presupuestos objetivos para que el encartado tenga derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o a la prisión domiciliaria, porque la sanción privativa de la libertad impuesta es de 144 meses y la pena mínima prevista en la ley para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es de 128 meses, no le pueden ser concedidos, habida cuenta que son superiores a 4 y 8 años⁶⁰, respectivamente.

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

Primero. Casar la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia, que confirmó la proferida el 13 de agosto de 2014 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de dicha ciudad y en su lugar, aprobar el preacuerdo celebrado por la Fiscalía con el imputado Jesús María Ortiz Scarpetta el 19 de noviembre de 2013.

Segundo. En cumplimiento del referido preacuerdo aprobado por la Sala, condenar a Jesús María Ortiz Scarpetta, a título de autor, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito en el artículo 376 del Código Penal, a las penas principales de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y dos mil trescientos treinta y cuatro (2.334) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y a la accesoria por

igual término de la sanción privativa de la libertad.

Tercero. Negar a Jesús María Ortiz Scarpetta, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Cuarto. Comunicar esta determinación a las autoridades indicadas en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, a lo cual se procederá por el Tribunal Superior.

Quinto. Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

MODIFICACIÓN PARCIAL AL VOTO

Casación Rdo. 47732. Acta 376 del 23 -11-2016

Procesado: JÉSUS MARÍA ORTÍZ ESCARPETA

Delito: Porte de estupefacientes

Mag. Ponente: EYDER PATIÑO CABRERA

Mag. Salva Voto: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

1. caso concreto.

Comparto la decisión de la Sala mayoritaria en cuanto hay mérito para condenar al procesado, pero es necesario seguir haciendo de mi parte precisiones en los casos en que la Sala de Casación Penal aprueba un preacuerdo, pues lo hace con base en marco teórico que no comparto, como lo he explicado en los radicados Nros. 46684, 44562.

1. PROPÓSITO.

La misión propedéutica que le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y específicamente para desarrollo y precisión jurisprudencial en relación con el tema de los preacuerdos, son la razón por la que hago este salvamento de voto, buscando construir un criterio jurisprudencial sólido.

Los argumentos expresados en este salvamento de voto demuestran que la propuesta no

afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, ni se atenta contra la teoría del tipo, el principio prohomine, los derechos o las garantías debidas al Fiscal, el defensor, el procesado, la víctima o el Ministerio Público.

2. ANTECEDENTES.

Las decisiones mayoritarias de la Sala de Casación Penal de la Corte admiten que en los procesos penales tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, se puede por las partes (Fiscal, inculcado y defensor) con los preacuerdos modificar la responsabilidad penal y la pena del delito cometido, excepcionalmente se podría pactar la eliminación de la responsabilidad y la punibilidad en la modalidad de la exclusión de un cargo.

En tales condiciones el juez no podría hacer control material y debe acertar el preacuerdo cuando se pacta condenar 1) como cómplice a quien ha sido único autor de un reato, 2) por delito culposo al que ha ejecutado uno doloso, 3) no condenar por el delito consumado que está excluido de subrogados o sustitutos y hacerlo por una modalidad que si tolere esos beneficios, 4) al responsable de una conducta punible que constitucionalmente lo inhabilite de por vida para ejercer cargos y funciones públicas sentenciarlo por una modalidad que no conlleve esa pena, 5) cambiar la tipicidad de un delito no querellable a una que lo sea, o alterar la estricta tipicidad que conlleve drásticas reducciones a la pena máxima prevista, 6) admitir el preacuerdo que lleve como único beneficio la readecuación de la conducta a un concurso homogéneo de delitos cuando se ha incautado 1.000 papeletas de cocaína que contienen cada una un gramo de la sustancia, en lugar de la modalidad agravada.

Los ejemplos señalados son los problemáticos en los preacuerdos y con base en los cuales he venido desde hace varios años estructurando el salvamento de voto que supera esas dificultades, aquellos representan una amenaza a la justicia material, a la legalidad, tipicidad estricta, debido proceso, derecho a la igualdad, garantías de la

víctimas, pues pueden conllevar a la extinción de la acción penal por vía de la caducidad o prescripción de la acción penal, desconocer la voluntad del legislador, entre otros supuestos más.

El salvamento de voto se aparta del criterio mayoritario de la Sala, por cuanto que los preacuerdos no son instrumentos autorizados por la Ley Procesal Penal para descocer y alterar la responsabilidad que corresponde al infractor por el delito cometido; criterio que se apoya en la naturaleza de aquellos, sus fines, las garantías y derechos de las partes y los intervinientes, el beneficio buscado que no puede tener sino repercusiones en la pena, los principios generales del derecho, las reglas del ordenamiento jurídico interno vigentes y las asumidas por la Corte Constitucional.

3. PREACUERDOS.

Todas las modalidades de preacuerdos, cinco en total, que operan en el ordenamiento jurídico interno, buscan humanizar la actuación procesal y obtener una pronta y cumplida justicia; la solución no se puede construir con la filosofía de terminar simplemente un proceso, de obtener la anuencia del inculcado, tales instrumentos deben ser el resultado de la fusión integral de los principios y valores que orientan la política criminal para todas las partes e intervinientes en el sistema establecido en la Ley 906 de 2004, con tal mecanismo se debe satisfacer la justicia, los intereses de la sociedad, las partes y los intervinientes del proceso penal, pues no son un medio para la finalización de una actuación judicial a cualquier precio y manera.

Los preacuerdos por definición se celebran con culpables del delito cometido, el artículo 348 del C de P.P. al referirse a los fines de dicho mecanismo no estableció ninguno

compatible con la exoneración o modificación de la responsabilidad penal por el delito ejecutado.

En los susodichos negocios jurídicos la responsabilidad penal por el delito cometido es inmodificable, lo negociable es la pena a imponer.

En los preacuerdos la sanción y solamente ésta, se puede obtener a través i) de una rebaja en un monto determinado de la pena prevista para el delito, ii) en la cantidad que represente el pacto de no tener en cuenta para la fijación de la sanción lo que represente una agravante o cargo específico (degradación) o para esos mismos propósitos el guarismo de sanción al que equivalga una tipicidad relacionada de reproche punitivo menor (readecuación), sin que ninguno de los supuestos anteriores implique alteración de la responsabilidad por el ilícito cometido, iii) en la porción que fije la pretensión punitiva de la fiscalía, como en la culpabilidad preacordada, iv) o sin beneficio por mandato legal, como cuando se admite el negocio después de iniciado el juicio oral o el ordenamiento prohíbe descuentos dada la naturaleza de la conducta ilícita.

Las anteriores premisas se sustentan en los fines específicos previstos por la ley procesal penal y la política criminal para los preacuerdos, la seguridad jurídica, la justicia material, el debido proceso, las garantías debidas a todas las partes e intervinientes en un proceso penal, el trato jurídico igual, la juridicidad, legalidad y dogmática de las instituciones, tal y como se explica en este estudio.

3.1. Naturaleza y fundamentos.

Los preacuerdos son una expresión de la justicia premial, se sustentan en la política criminal del Estado, en los fines específicamente asignados a las formas de terminación abreviada del proceso penal y al respeto por los derechos y garantías fundamentales que

correspondan a partes e intervinientes.

Los preacuerdos no se fundamentan en el principio de oportunidad, son dos institutos de naturaleza, estructura, política criminal y alcances diferentes.

Así por ejemplo, hay discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal con el principio de oportunidad, la que no se tiene con los preacuerdos, en estos se debe ejercer la potestad investigativa y acusadora con objetividad, oficiosamente o a petición del querellante y conforme a la estricta tipicidad que a los hechos corresponda, dadas las previsiones que en esta materia se hicieron en la sentencia C-1260 de 2005. En los preacuerdos se está atado a la prueba mínima, a los hechos probados y respetar las garantías de las partes e intervinientes.

Los preacuerdos no son patrimonio exclusivo del sistema inquisitivo o acusatorio, dependiendo del rito que corresponda a los hechos judicializados se aplicaran los principios, valores, derechos y garantías que en cada sistema corresponda a los institutos de justicia premial.

3.2. Los fines de los preacuerdos.

Los fines perseguidos con el preacuerdo están consignados en el artículo 348 del C de P.P. y consisten en 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, de estos derechos son titulares todas las partes e intervinientes dentro de un marco de legalidad, de respeto por las garantías fundamentales, de prestigio a la administración de justicia y de evitar su cuestionamiento.

La fijación de los alcances de los preacuerdos no pueden marginarse de los fines, ni siquiera parcialmente, de no ser así se corre el riesgo de desnaturalizar la institución y

sacrificar garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes.

Ninguno de los fines señalados apunta a que con los preacuerdos se renuncia a la responsabilidad del inculpado por el delito cometido, esto último resulta incompatible con la enunciación que el legislador hace en el artículo 348 del C de P.P., allí solamente se tolera por su naturaleza la modificación de la pena, la que se puede obtener a través de instrumentos o procedimientos como la fijación de un monto, la degradación, la readecuación, o la culpabilidad preacordada, extra.

Tampoco los fines señalados o las reglas que regulan los preacuerdos toleran la posibilidad de renunciar a la veracidad de los hechos ni a desconocer lo demostrado con los elementos de prueba aportados al proceso. Al establecer el artículo 351 del C de P.P. que se puede “llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias” no puede tenerse como una autorización para ignorar los hechos y las pruebas, precisamente por los condicionamientos que en esa materia hizo la sentencia C-1260 de 2005.

3.3. La verdad, la justicia y la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima son para ésta derechos constitucionales de los que emergen garantías en el proceso penal.

El artículo 348 del C de P.P. asigna como finalidad de los preacuerdos la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito a la víctima, quien también tiene protegida la necesidad de conocer la verdad y que el caso se resuelva con justicia. Este es un derecho constitucionalmente reconocido a la víctima en el proceso penal.

De ahí que la jurisprudencia haya reconocido facultades en favor de la víctima para que intervenga en el proceso y sea considerada en las decisiones que se adopten, en este sentido se han pronunciado las sentencias C-516 de 2007, C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007.

La naturaleza constitucional de los derechos y garantías de la víctima están fincados en el

numeral 7º del artículo 250 de la C.P., contra este mandato superior no se puede legitimar condenas por delitos en modalidades no cometidas.

Las anteriores premisas imponen la necesidad de admitir que la afectación de los derechos y garantías de las víctimas, dada su naturaleza constitucional, está proscrita de los preacuerdos, a tenor de lo señalado en el artículo 351 del C de P.P. al establecer que obligan al juez “salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, naturaleza esta que tienen la verdad, la justicia y la reparación.

El agravio a las víctimas 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 un proceso de jurisdicción civil no se puede desconocer.

En la situación de marras, si la responsabilidad se declara por el delito imprudente aceptado en el preacuerdo, ello conlleva a que la reparación se rija por la compensación de culpas y que esta forma de conducta genere una reparación enormemente menor si se compara con los guarismos a que habría lugar de declararse la responsabilidad penal por el delito doloso realmente cometido, afectándose no solo la verdad sino la justicia y el derecho a obtener la reparación que corresponde.

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 penal 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 sindicato 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)”.

Con criterio semejante al expuesto lo ha admitido la Sala de Casación Penal al señalar que la fuente de la responsabilidad civil queda definida en el proceso penal y no es objeto de discusión ni quiera en el incidente de reparación (AP-2865-2016, Rdo. 36783 de 04-05-2016).

3.4. Los principios de tipicidad y legalidad.

La solución de los conflictos sociales conforme al artículo 348 del C de P.P. deben respetar los marcos de legalidad y las garantías fundamentales.

La Carta política ha asignado al legislador la potestad de tipificar las conductas punibles y al juez o fiscal en el ámbito de sus competencias la de adecuar las conductas al tipo penal.

Las sentencias C-173 de 2000; C-200 de 2002; C-420 de 2002 y C-205 de 2003, entre

otras, han examinado la competencia exclusiva del legislador de crear o “tipificar” los ilícitos penales. Sobre esta materia, en la primera de las decisiones en cita, dijo la Corte Constitucional:

“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en que (sic) circunstancias una conducta resulta punible (...). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P.)”

Mutatis mutandis, el Fiscal no tiene la potestad en el proceso penal de “tipificar” la conducta (competencia exclusiva del legislador), puede adecuar los hechos demostrados con la acción u omisión ejecutada a los tipos penales previstos en el Código Penal (proceso de adecuación típica).

El deber a que se alude en el párrafo anterior es labor fiscal, que debe realizar y acatar en todas las modalidades de preacuerdos, de ahí que ante la identidad de tarea a cumplir por aquél en los pactos con fines de terminación anticipada del proceso por esa vía, resulte una ratio decidendi lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005.

En la sentencia C-1260 de 2005 se precisaron los límites y la competencia del Fiscal en los preacuerdos al verificar la descripción típica en la ley penal con la adecuación del comportamiento sub judice, lo que se hizo en los siguientes términos:

“ (...) la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor”.

Categoricamente en la providencia en cita se preserva el principio de legalidad, al respecto la Corte Constitucional señaló:

“Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal”.

La Fiscalía no puede crear tipos penales para los hechos investigados, ni acudir a la ley tercia para adecuar los comportamientos en los preacuerdos.

Los hechos deben corresponder a la descripción legal previamente establecida, de esta legalidad es una manifestación el tipo penal, que se ocupa no solamente de la descripción de la conducta sino también de la pena principal y accesoria y de su ejecución (subrogados, sustitutos y prohibiciones).

Bajos los supuestos señalados, los preacuerdos no pueden ser el instrumento para introducir modificaciones a las prohibiciones constitucionales o legales, regla contra la que atentan, entre otros supuestos, los beneficios dobles, cuando ha de pactarse “una única rebaja compensatoria por el acuerdo” (art. 351-2 del C de P.P.).

Lo propio acontece cuando la tipicidad que corresponde a la acción ejecutada prohíbe a perpetuidad ejercer derechos y funciones públicas (peculado por apropiación) y se cambia o readecúa en el preacuerdo por denominación jurídica para obviar esa prohibición; o siendo el ilícito consumado de aquellos para los que se restringe un subrogado o sustituto se reubica la conducta en norma penal que si lo tolera (concierto para delinquir agravado por simple).

Se otorga un doble beneficio y se afecta la legalidad, los preacuerdos y decisiones

judiciales que permiten condenar como cómplice a quien es autor o se modifica la elección del delito base para la tasación de la pena en el caso de concurso delictual (artículo 30 del C.P.).

Pero también la modificación de la responsabilidad penal a través de los preacuerdos puede facilitar el otorgamiento de beneficios indebidos por estar prohibidos por la ley o la Carta Política, afectándose la legalidad y la exclusión de doble beneficios. Ejemplo de estas situaciones se presentan cuando se eliminan agravantes o cargos o se hacen readecuaciones típicas que conllevan superar el factor objetivo para el otorgamiento de un subrogado, sustituto o imposición de una pena especial.

La condena por delito no cometido, afectándose la responsabilidad penal que corresponde, también puede dar lugar al desconocimiento de la prohibición del doble beneficio, se puede trasladar la adecuación de la conducta de un delito que excluye un sustituto penal a otro que si lo admite, el doble premio se representa en la eliminación de la prohibición (un aspecto de la ejecución de la pena) y necesariamente en la pena menor que se concede.

Convertir en un negocio jurídico el cargo de peculado por apropiación doloso en uno culposo o en abuso de confianza agravado, vulnera el mandato constitucional que ordena imponer a perpetuidad la inhabilitación de funciones públicas.

Un pacto con el fin de terminar el proceso que se adelanta por prevaricato por acción y atribuir un abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, es permitir que con la readecuación típica se eluda la pena privativa de la libertad y la prohibición de otorgar subrogados por el delito cometido.

3.5. No se afecta la justicia premial si se condena por el delito cometido, porque se otorga siempre la rebaja de pena que de manera consensuada proponen el Fiscal, la defensa y el procesado.

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

Para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por una tipicidad convenida, esta debe ser la que corresponde a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si pueden ser negociados en cualquiera de las modalidades de los preacuerdos.

El criterio de la Sala mayoritaria y el expresado en este salvamento de voto, ofrecen al caso concreto idéntico resultado punitivo, se diferencian en que para la Sala en los casos de readecuación o de degradación la responsabilidad debe ser por el delito acordado entre las partes, en tanto que en el salvamento voto se opta declarar la culpabilidad por el delito cometido (imputado con estricta tipicidad), pero en uno u otro caso se ha de imponer la misma sanción, la que equivalga al monto de una agravante o de una tipicidad relacionada.

La declaración de responsabilidad penal por el delito cometido y la imposición de la pena preacordada conjura la impunidad, la inseguridad jurídica, el sacrificio de la dogmática penal, el quebrantamiento del debido proceso y de garantías a la víctima.

Si se condena por el delito cometido, se da trato jurídico igual a las partes e intervinientes en lo que atañe a sus derechos e intereses en relación con el problema jurídico penal; al culpable se le responsabiliza por el delito ejecutado y a la víctima se le garantiza la verdad, la justicia y la reparación.

La justicia premial es incompatible por su naturaleza con los

cuestionamientos hechos, condenar por un delito no cometido es cometido excluido y prohibido por las reglas de la Ley 906 de 2004, la carta política y la sentencia C-1260 de 2005.

Si el propósito del legislador, el procesado, el defensor y el Fiscal en la justicia premial, es que no se evada la responsabilidad, que se haga justicia y con base se fije una pena menor por un delito del que se es responsable, esa finalidad se cumple con asignarle a las partes la facultad de negociar las consecuencias punitivas del delito.

En síntesis, la tesis de la Sala mayoritaria y el salvamento de voto conllevan a igual rebaja en el monto de la pena, solo que el resultado con la condena por el delito acordado es abiertamente contraria a los principios y garantías que se han anunciado y que se desarrollan en este escrito.

La justicia premial a través de los preacuerdos es solamente un medio para reducir las consecuencias punitivas de la conducta ejecutada.

3.6. La condena por el delito cometido no atenta contra la teoría que desarrolla la estructura del tipo penal.

En los preacuerdos la condena por el delito cometido rescata el respeto por la descripción legal de la conducta en los tipos penales y la correcta adecuación en la norma penal de la acción u omisión óntica, solamente de esta manera la calificación que se dé a los hechos es la legalmente permitida y admitida, como lo establece la sentencia C-1260 de 2005.

La condena por el delito acordado sí constituye un atentado contra la categoría de la tipicidad y concretamente del tipo penal, porque se permite declarar responsable como cómplice a quien es autor, o por delito culposo a quien ha obrado dolosamente, entre otras hipótesis.

El control social se ve gravemente afectado cuando aceptamos sin reparo que se responsabilice por lo que no se ha cometido, aquella es una herramienta de valioso alcance, no solamente para verificar la pulcritud de quienes administran justicia, sino también como medio para culturizar y hacer conocer la resolución de los casos con satisfacción de la necesidad de justicia que demanda la comunidad en los asuntos criminales, la que se ve desorientada, insegura jurídicamente con decisiones judiciales como las que se reprochan en esta ocasión.

3.7. El principio Pro Homine no tolera interpretaciones que favorezcan a una de las partes del proceso penal con sacrificio de los derechos y garantías de otros, como los intervinientes.

El Principio Pro Homine (PPH) es un principio general del derecho del que se nutre la interpretación de la ley para hacer prevalecer el alcance extensivo o restrictivo que amparen derechos universalmente reconocidos a la persona.

El Principio Pro homine, se caracteriza por no ser absoluto, a través suyo no se pueden hacer prevalecer interpretaciones que favorezcan al procesado con sacrificio de los derechos que objetiva y justamente le corresponden a la víctima o viceversa.

La hermenéutica que autoriza el PPH es relativa, se deben respetar los derechos y las garantías que correspondan a todas las partes e intervinientes, al inculcado y a la víctima del delito, esta ecuación es un presupuesto esencial del susodicho principio general.

Al condenarse por el delito no cometido se vulneran derechos y garantías, entre otros, de la víctima, sacrificio que evita con la declaración de responsabilidad por el delito cometido y la imposición de la pena que resulte preacordada en un monto específico o por el equivalente en el caso de la degradación o readecuación.

3.8. Competencia de la Fiscalía en el proceso de adecuación típica de la conducta.

La fiscalía no puede desbordar las facultades que le corresponden conforme a la naturaleza de la función que cumple. El ejercicio de aquellas en los preacuerdos constituye una expresión del debido proceso.

La Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005, precisó que la única potestad que tiene la Fiscalía en los pactos jurídicos del artículo 350 del C.P.P. es adecuar la conducta conforme a la tipicidad que estrictamente le corresponde:

“(…) que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 en la parte resolutive constituye ratio decidendi para los actos de adecuación que ejecuta el Fiscal en todas las modalidades de los preacuerdos, lo que conlleva a la aplicación del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que establece que “serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general”.

Conforme a la línea jurisprudencial mencionada, los preacuerdos deben respetar la responsabilidad que equivale a la estricta legalidad o tipicidad demostrada en el proceso penal, así se decidió, en la sentencia C-1260 de 2005, por lo que el ámbito de movilidad para efectos de beneficios en tales negocios jurídicos corresponde a la punibilidad.

No de otra manera a la expresada es como puede entenderse la validez y eficacia de un preacuerdo, por ende quedan descalificados si no corresponden al orden justo que

rige en Colombia, si desconoce los derechos de las partes o intervinientes, o si el conflicto social se soluciona con la participación de la Fiscalía y el procesado a través de un convenio que desprestigia la administración de justicia con calificaciones jurídicas que no se ajustan al tipo penal consumado por el inculpatado.

Si se le impone el deber a la Fiscalía de imputar el delito conforme a la tipicidad que corresponde a la conducta, la lógica de la decisión constitucional que se viene invocando conlleva a señalar que la sentencia debe resolver la petición del titular de la acción penal para decidir si hay o no responsabilidad conforme a derecho corresponda por ese delito, el cometido y no otro diferente.

El numeral 2º del artículo 350 del C de P.P. se construyó sobre dos supuestos, el primero atañe a la tipificación de la conducta de una forma específica y cuyo alcance la Corte Constitucional condicionó a un acto de adecuación que corresponda al punible cometido y por el que se ha de juzgar al procesado, de esa ilicitud es que debe declararse culpable el inculpatado, a tenor del texto legal citado. La segunda premisa de la norma en comento corresponde a la expresión a “cambio de que” y que el numeral en cita identifica con la expresión “disminuir la pena”.

Obsérvese que la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 sobre la ilicitud cometida y por ende la responsabilidad que deviene de esa conducta punible, no admite que la Fiscalía la modifique, debe ceñirse a lo que la ley preexistente establezca. En el acto de adecuación estricta se define la culpabilidad del ilícito por el que se responde y en esos términos es que debe aceptarla el indiciado o acusado.

Solamente cuando se define la condición, esto es, la culpabilidad, en los términos señalados, surge el derecho al beneficio. En ese contexto está la redacción del artículo 350 del C de P.P:

En cualquiera de las modalidades del preacuerdo, con excepción del que no da lugar a

rebaja de pena, el beneficio consiste en obtener una sanción menor, el texto por eso refiere con “miras a disminuir la pena”. Esa es la única interpretación que resulta conforme a la estructura legal y constitucional del proceso penal, porque no afecta derechos ni garantías de las partes e intervinientes, además de que realiza plenamente los principios y valores fundantes de la justicia material que debe administrarse en los procesos penales.

En las condiciones señaladas, la sanción a imponer como consecuencia del preacuerdo, la ley permite obtenerla i) a través de la fijación de un monto en concreto conforme a los topes permitidos según la fase procesal en que se presente el preacuerdo, ii) o por el guarismo que represente eliminar una circunstancia de agravación, un cargo específico, una readecuación típica relacionada o la culpabilidad preacordada, metodología que no implica afectar el juicio de responsabilidad que corresponde conforme a la estricta tipicidad a la conducta ejecutada.

El método así explicado impone condenar al procesado por los delitos cometidos y el beneficio de aceptar culpabilidad por preacuerdo en esos términos equivale a la pena que se tase conforme a los supuestos referidos en el párrafo anterior.

3.9. El fiscal no puede renunciar al ejercicio de la acción penal en los preacuerdos.

El ejercicio de la acción penal es reglado y obligatorio, es lo que se deriva del artículo 322 del C de P.P., al disponer:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por el principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este Código”.

El abandono de la acción penal solamente es posible a través del principio de oportunidad. Excepcionalmente puede hacerse en el juicio oral a través de la petición de absolución

por expresa autorización que hace el artículo 448 del C.P.P. que impide condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena.

La naturaleza que la ley le otorgó a los preacuerdos resultan incompatibles con la renuncia al ejercicio de la acción penal, son mecanismos de política criminal para la terminación del proceso sin impunidad, no para absolver sino para condenar a los responsables de delitos, con derecho a una rebaja de pena, dado que con ello se obtiene, entre otros propósitos, una pronta y cumplida justicia.

De ahí que, la eliminación de un cargo permitida en el numeral primero del artículo 350 del C de P.P. no puede equivaler a la renuncia al ejercicio de la acción penal. Por lo que se ha explicado, el preacuerdo no conlleva a la exoneración de responsabilidad, la que en la hipótesis de marras debe declararse, solo que en virtud del preacuerdo se otorga una exención de punibilidad, solución que resulta compatible con lo que viene exponiéndose, esto es, la prohibición de renunciar a la acción penal, la afectación de los derechos a las víctimas al modificarse la responsabilidad penal que corresponde por un delito consumado.

Así, en un concurso delictivo, no puede eximirse de responsabilidad al procesado por uno de los delitos, ese no es el entendimiento que debe darse a la expresión eliminación de un cargo (numeral 1° del artículo 350 del C de P.P.), lo viable es dejar de imponer la sanción por una ilicitud, que no puede ser la del delito base o de mayor gravedad, para no incurrir en impunidad o desprestigio de la administración de justicia.

Al generar el delito acción penal y civil y abarcando ésta última los derechos a la verdad, reparación y justicia de las víctimas, habría una afectación a los derechos y garantías constitucionales de éstos si la Fiscalía y los jueces autorizan literalmente la eliminación de un cargo específico comprendiendo la responsabilidad y la pena.

3.10. Principio de obrar con objetividad.

Los servidores públicos y específicamente los vinculados con la administración de justicia deben obrar con objetividad, el incumplimiento a este supuesto les genera responsabilidad (artículo 124 de la C.P.).

En desarrollo del mandato constitucional, el artículo 115 de la Ley 906 de 2004 ha establecido que la Fiscalía en los procesos y actos procesales debe someterse a “un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la [Constitución Política](#) y la ley”.

La proposición jurídica que completa el principio de objetividad con el que debe obrar la Fiscalía en los preacuerdos y que constituye límite de sus actuaciones, corresponde al postulado del artículo 2º de la C.P. en el que se prevé como fin esencial del Estado garantizar la participación de todos en las decisiones, la efectividad de los derechos y la vigencia de un orden justo.

Los factores señalados involucran la necesidad que los negocios jurídicos de la Fiscalía en los preacuerdos deben aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

El principio de objetividad examinado tiene que ver con las decisiones en relación con los hechos evidenciados con la prueba recaudada y el ordenamiento jurídico llamado a resolver el asunto.

La regla jurisprudencial que se estableció en la sentencia C-1260 de 2005 no es más que la materialización del principio de objetividad.

3.11. Respeto y acatamiento al precedente jurisprudencial.

Las reglas jurisprudenciales constituyen el soporte del imperio de la legalidad, igualdad y seguridad jurídica, de ahí que se admita su carácter vinculante en las decisiones

judiciales.

En sentencias C- 037 de 1996 y SU- 047 de 1999 la Corte Constitucional declaró sobre el carácter vinculante del precedente que corresponde a la ratio decidendi y el decisum, siendo solamente criterio auxiliar no obligatorio de la actividad judicial los conceptos que corresponden a un obiter dictum, esto es, los dichos de paso sin relación directa con las razones con base en las cuales se resuelve el problema jurídico.

La Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015, refiriéndose a la obligatoriedad del precedente de sus fallos, señaló:

“la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida que se proyectan más allá del caso concreto, tienen fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”

Pero, a su vez, a los jueces se les ha reconocido su autonomía e independencia, pudiendo apartarse del precedente motivando las razones para hacerlo. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015:

“(…) una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.”

La potestad de apartarse de la jurisprudencia, conforme a la sentencia C-335 de 2008, no opera respecto de fallos que resuelven problemas jurídicos de constitucionalidad, es lo que se infiere de la siguiente afirmación que se hace en la susodicha sentencia, al no tolerar ni siquiera una “simple disconformidad” con “un fallo de control de constitucionalidad de las leyes”.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del numeral 2º del artículo 350 del C de P.P. en la sentencia C-1260 de 2005. En este fallo se citó como texto de la norma acusada, el siguiente:

2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”

En la sentencia C-1260 de 2005 se formularon como argumentos (ratio decidendi) los siguientes:

“Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá

seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

(...).

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. (Fuera de texto la negrilla).

El decisorio de la sentencia C-1260 de 2005 fue del siguiente tenor:

“Quinto. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, contenida en el numeral 2 del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Es incuestionable que la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad C-1260 de 2005 incorporó como regla jurisprudencial y fuente de derecho para interpretar y aplicar el numeral 2º del artículo 350 del C de P.P. que el Fiscal frente a los hechos única y exclusivamente puede adecuar la conducta haciendo “la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Respeto del susodicho texto legal hay decisión de control constitucional que ha hecho tránsito a cosa juzgada, la ratio decidendi tiene que ver con preacuerdos y concretamente con la facultad del Fiscal de definir la tipicidad de la conducta materia del negocio jurídico, estableciéndose la imposibilidad de hacer modificaciones a la adecuación que jurídicamente corresponda en el caso concreto.

Aunque la decisión se vinculó normativamente al numeral 2º del artículo 350 del C de P.P., que regula el preacuerdo con readecuación, el supuesto de hecho o problema jurídico resuelto y referido anteriormente, corresponde a la adecuación típica que de la conducta debe hacer el fiscal para todos los preacuerdos, esto es, el simple, con degradación, la culpabilidad preacordada o sin rebaja punitiva. Opera, entonces, en este caso, la misma solución en derecho para idéntica labor de calificación jurídica que debe ejecutar el fiscal a la conducta objeto de negocio jurídico.

En los preacuerdos el fiscal debe negociar los beneficios a partir de la adecuación típica de

la conducta conforme a las circunstancias y las consecuencias jurídicas que correspondan al caso, así se declaró en la jurisprudencia constitucional al hacer la advertencia que “aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado”, los hechos deben calificarse conforme a la descripción que ha realizado previamente el legislador.

El texto examinado por la Corte Constitucional lo integran las premisas de la adecuación típica de la conducta y la finalidad de “disminuir la pena”. Esta última no se modificó, la precisión jurisprudencial fue sobre el primer apartado, lo relacionado con la estricta tipicidad.

Luego, cumplido el deber de calificar la conducta como corresponde a la ley preexistente, los negocios en los que se acuda a elementos del tipo penal (eliminación, readecuación) únicamente deben ser utilizados para cuantificar la rebaja de la sanción, esas modificaciones no involucran la responsabilidad, la calificación de una manera específica es como lo dice el legislador “con miras a disminuir la pena”.

3.12. No son vinculantes los preacuerdos que afecten garantías fundamentales.

La Ley 906 de 2004 ha condicionado la eficacia de los preacuerdos al respeto de las garantías fundamentales, pues no son vinculantes los que las desconozcan o quebranten (artículo 351, inciso 4 ejusdem).

Negocios jurídicos que afecten el debido proceso, la defensa, los derechos constitucionales a la verdad, justicia y reparación, entre otros, no son oponibles, no son exigibles jurídicamente y por ende en ellos no puede sustentarse ningún juicio de responsabilidad penal.

3.13. Los preacuerdos no pueden ser instrumento de impunidad.

Se ha dicho que la afectación de la responsabilidad de los preacuerdos pueden conllevar impunidad, como por ejemplo si por razón del transcurso del tiempo y la pena a aplicar se readecua la conducta prevaricadora a un abuso de autoridad, o un delito doloso a uno culposo, o a un bien jurídico por ilícito cuya pena prevista es mínima, se reduzca a tres años. Este obrar así podría dar lugar a que al proferirse el fallo de segunda instancia esté prescrita la acción penal, habida consideración del término transcurrido desde la imputación a la fecha en que se ha de pronunciar el ad quem.

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 partes e intervinientes, pues de esa manera los pactos pueden llevar a situaciones que impliquen la declaratoria de prescripción de la acción penal (al reducirse el máximo previsto de la pena y en esta misma proporción se reduce la extinción de la acción) o evadir mandatos constitucionales al soslayar sanciones previstas a perpetuidad (inhabilitación de derechos y funciones públicas), o prohibiciones legales de beneficios o sustitutos al readecuar las conductas por tipicidades que admitan tales mecanismos de ejecución de la pena, o hacer pactos que lleven a aceptar como continuada una conducta respecto de hechos para crear un estado 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.

Los propósitos de política criminal que dieron lugar a los preacuerdos no fueron los de poner al servicio de las partes mecanismos que desprestigien la administración de

justicia, en los procesos abreviados se 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, a los derechos, las garantías 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 República, 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, ajustada a derecho, 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 legalmente 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 casos 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 condena por el delito cometido y se impone la pena por el delito acordado como beneficio propio del preacuerdo.

3.14. El reintegro del incremento patrimonial ilícito como presupuesto de los preacuerdos.

El reintegro del 50% del valor del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo y el aseguramiento del recaudo del remanente (artículo 349 ídem) son condiciones sin las cuales no es posible asignarle eficacia y exigibilidad a los preacuerdos.

Si se modifica la tipicidad del comportamiento al alterarse la cuantía, el tipo penal que resulta de ese pacto no es equivalente al consumado sino a uno menor, de aceptarse responsabilidad por éste último, conlleva una vulneración del artículo 349 del C.P.P. y por ende del principio de legalidad.

3.15. Naturaleza de los preacuerdos.

Los preacuerdos son una expresión de la justicia premial, implican la terminación del proceso.

Los preacuerdos no tienen por objeto pactar la inocencia del procesado, ni transar sobre derechos indiscutibles del procesado, se busca la terminación del proceso sobre el supuesto de la culpabilidad del indiciado o acusado.

El beneficio que la ley autoriza para los preacuerdos está representado en una rebaja de pena, el negocio debe incidir en la sanción no en la modificación de la responsabilidad penal por el delito cometido, la alteración de ésta genera impunidad o puede conllevar beneficios indebidos y prohibidos.

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

preacuerdos, registran que la intención del legislador con los negocios jurídicos, 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. o del 367 y 369 ídem 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 manifestó expresamente que los preacuerdos se celebran “con miras a disminuir la pena”, o para una “pena menor”, buscando un “cambio favorable con relación a la pena”, o que la modificación en la pena sea “la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, en fin que el propósito del negocio jurídico sea que “la pena imponible se reducirá”, o que se logren “los beneficios de punibilidad”. En los artículos 367, 369 y 370 ejusdem se lee “De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados” o “la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere” o “no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía”.

Si la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 señaló que la Fiscalía ha de someterse en la adecuación de la conducta a la calificación jurídica que le corresponde a los hechos, está admitiendo como contra cara del argumento expresado que en el preacuerdo el beneficio recae sobre la tasación de la pena y su ejecución, no sobre la responsabilidad.

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, los que se verían afectados si se declara culpable a un procesado por un delito que no cometió, se le condena por un ilícito culposo cuando el ejecutado fue uno en la modalidad dolosa.

Los preacuerdos en los que se altera la responsabilidad para lograr una pena menor afectan la naturaleza del mecanismo de terminación anticipada y principios de rango constitucional, como obrar con objetividad, el debido proceso a ser juzgado por el delito cometido, la estricta tipicidad respecto de la adecuación de las conductas y el derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

No se administra justicia ni se cumplen los fines del proceso judicial ni los de los preacuerdos, si el problema jurídico se resuelve con un preacuerdo que afecta la responsabilidad por el delito cometido, por las razones que vienen de exponerse.

3.16. Principio de trato jurídico igual.

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 (delito aceptado no imputado), porque esta última solución afecta garantías fundamentales de la víctima, pero también del procesado (se le condena por un ilícito no cometido, respecto del cual no ha contado con la oportunidad para ejercer sus derechos y se omite acatar la sentencia C-1260 de 2005 en cuanto a la estricta tipicidad y las consecuencias que ello implica).

No es compatible con el trato jurídico igual que se permita condenar a una persona por un delito no cometido cuando las circunstancias fácticas para cualquier persona que reside o esté de tránsito por Colombia corresponden a una tipicidad diferente, es lo que acontece que a unos se les trate como cómplices cuando son autores, o se denomine culposos a lo que es doloso o preterintencional.

3.17. 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 inculpado 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, el principio de legalidad, o la prohibición de otorgar doble beneficio, como se explica en otro apartado de este texto.

Un ejemplo que denota 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 lo que si en el proceso penal se condena por el delito cometido, las garantías del procesado o de las demás partes e intervinientes no se afectan con las rebajas de las penas o la ejecución de las mismas.

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

4. Modalidades de preacuerdos.

El artículo 350 del C de P.P. establece como modalidades de preacuerdos:

4.1. Preacuerdo simple.

Este preacuerdo se caracteriza porque es 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 precisadas en la formulación de la imputación, se respeta la imputación fáctica y jurídica que atribuye la Fiscalía en el proceso al inculcado.

Las partes pueden o no acordar las consecuencias de la conducta punible, a decir del artículo 351-2 del C de P.P.

Si no hay acuerdo expreso sobre la rebaja de pena, el monto corresponde al autorizado por la ley según la fase procesal en la que se produzca aquel. Pero, también, pueden las partes convenir la rebaja de sanción que debe otorgar el juez si aprueba el negocio jurídico.

La rebaja, por límites legales, será hasta del 50% si el convenio se realiza entre la formulación de imputación y antes de la presentación del escrito de acusación (artículo 350-1 y 351-1 del C de P.P.); de la tercera parte si es posterior a la presentación del escrito de acusación y hasta antes del inicio del juicio oral (artículo 352 ídem), o de la sexta parte si es en el juicio oral, pacto éste que debe ser expresado cuando se conceda la palabra al procesado para que se declare inocente o culpable (artículo 358 íbidem).

El acuerdo abarca no solamente la pena privativa de la libertad, también otros con consecuencias como la multa, las penas accesorias y los sustitutos o subrogados 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 por la fiscalía o en la audiencia de formulación de acusación, según el caso.

4.2. Preacuerdo con degradación.

Hay preacuerdo con degradación cuando el indiciado o procesado se declara “culpable del delito imputado” o de “uno relacionado de pena menor”, a “cambio” que se elimine una causal de agravación punitiva o un cargo específico.

Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo y el numeral primero del artículo

350 ídem, con las siguientes expresiones: “el imputado se declarara culpable del delito imputado” o de “uno relacionado de pena menor”; si esta condición ocurre se genera como consecuencia el beneficio, pues se establece seguidamente “a cambio”, autorizándose que el fiscal “1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico”.

El precepto que regula el preacuerdo con degradación, en el inciso de marras, solamente admite que el inculcado se declare responsable por el “delito imputado” o de uno relacionado de pena menor” y esta adecuación en cualquiera de esos casos no puede apartarse de la estricta tipicidad porque así se dispuso en la sentencia C 1260 de 2005 y no puede darse un entendimiento diferente al ya fijado en dicha sentencia de la Corte Constitucional.

El numeral primero alude a la eliminación de una agravante o un cargo específico, dos supuestos a los que haremos referencia seguidamente.

Las lecturas que la jurisprudencia ha hecho del susodicho numeral presentan el texto legal con el siguiente alcance: i) que se debe declarar la responsabilidad por el delito acordado, que resulte luego de eliminar un cargo específico o una agravante; ii) que la condena o la culpabilidad debe corresponder al delito imputado y cometido, pero imponiéndose la pena que surja al disminuir el monto que represente una agravante o un cargo atribuido.

Se parte de la regla que establece el inciso 1º del artículo 350 del C de P.P., 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 uno relacionado de pena menor porque es la calificación que corresponde a los hechos, o en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia en la que se adicionó los formulados en la imputación, en otros términos, “el imputado se declarará culpable” del delito

imputado o relacionado que resulte de la estricta tipicidad del caso.

El inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., dada su construcción, en los preacuerdos le da el carácter de presupuesto al hecho que el indiciado o procesado admita culpabilidad (“se declarará culpable”) por el “delito imputado”, pues, solamente después de este anuncio que hace el legislador es que señala el beneficio, al expresar “a cambio de que el Fiscal”.

Así las cosas, la aceptación de responsabilidad es presupuesto del beneficio que puede otorgarse, esto es, que sin declararse culpable del delito (s) atribuido por la Fiscalía en la imputación o acusación no se puede obtener el premio, éste está en el monto de sanción que corresponda a una causal de agravación punitiva, o algún “cargo específico”.

No cabe duda, que el legislador exige que en el preacuerdo degradado el procesado debe aceptar la culpabilidad por el delito imputado o relacionado, que no puede ser otro que el cometido, tiene que obedecer a los hechos demostrados y a su adecuación típica (legalidad y estricta tipicidad).

Registrada la situación en los términos explicados en el párrafo anterior, en el preacuerdo debe consignarse luego el beneficio, la disminución de la pena calculada en los términos ya indicados para cuando se acude a alguno de los supuestos del numeral 1ª del artículo 350 del C de P.P.

En párrafos anteriores se han ofrecido las razones por las que no hay lugar a modificar la estricta tipicidad que corresponde a los hechos juzgados en los preacuerdos, por tanto el beneficio que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no conlleva la modificación de la responsabilidad penal y representa exclusivamente la deducción de lo que equivale punitivamente en la tasación de la pena los conceptos referidos de eliminar una agravante o cargo específico.

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una fracción de la sanción por 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 al responsable por un hurto agravado se le responsabiliza de éste pero se le impone la pena de un hurto simple, o al autor culpable se le sanciona con la pena del cómplice, o al que ejecuta conducta dolosa se le tasa la prisión y las penas accesorias conforme a la modalidad culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

Cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se acepta culpabilidad por los reatos que fueron registrados en la audiencia de imputación o en la acusación, la eliminación únicamente afecta la imposición de la pena, hay que repetir hasta la saciedad que a través de los preacuerdos no se puede renunciar al ejercicio de la acción penal, como se explicó anteriormente.

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

4.3. Preacuerdo con readecuación típica.

Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P.

La norma pareciera que debe entenderse como si 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 óntica 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 supuestamente implicaría 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 la imputada o acusada, 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 solución, que el imputado se declare culpable del delito “relacionado de pena menor”, por las razones ofrecidas en los acápites anteriores, 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.

Gramaticalmente el legislador con la redacción del inciso 2° del artículo 350 del C.P.P. pareciera que autoriza condenar por un delito negociado y no por el reato cometido, ese entendimiento no debe ser aceptado, pues ello implica modificar la responsabilidad del delito ejecutado, lo que es imposible en cualquier preacuerdo, porque con ello se afecta el debido proceso, los principios de tipicidad, las garantías de verdad, justicia y reparación, la justicia material y el precedente jurisprudencia de carácter constitucional vigente.

La sentencia C-1260 de 2005, solamente permite al fiscal ajustar la conducta a la estricta tipicidad que le corresponde, por tanto no puede dicho funcionario cambiar la modalidad delictiva consumada para readecuarla por una de menor gravedad, porque

esta última raya con la susodicha sentencia que es de obligatorio acatamiento conforme al artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El delito relacionado lo condicionó la sentencia C-1260 de 2005 a que se ajuste a la estricta tipicidad o a la calificación jurídica que le corresponda a los hechos.

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 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 las posibilidades i) la eliminación de una agravante o cargo específico y ii) la tipificación de la conducta que implique una pena menor, hipótesis para las cuales ya se explicó que solamente son un mecanismo que debe convertirse en un monto de pena para definir el guaranismo a tener en cuenta para rebajarla.

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 la naturaleza del preacuerdo con degradación solo admite el supuesto del numeral segundo del artículo 350 ejusdem.

La expresión “Uno relacionado” de pena menor es solamente el factor de referencia para la conversión a un guaranismo que representa la rebaja de pena a otorgar y no como criterio modificador de la responsabilidad del delito cometido.

4.2.4. Preacuerdo sin rebaja de pena.

El legislador no prohibió la celebración de preacuerdos entre la presentación de la teoría

del caso por la Fiscalía y antes de proferirse el anuncio del sentido del fallo.

El legislador limitó los beneficios en los preacuerdos, otorgando el derecho a ellos si se celebran en determinado momento procesal, no fueron previstos si el negocio jurídico se realiza con posterioridad al inicio del juicio oral pero antes de la presentación del caso en el juicio oral y también los excluyó para determinadas conductas punibles por su gravedad o la condición de la víctima (minoría de edad o femenicidio).

El procesado asesorado por su defensor puede aceptar los cargos formulados en la acusación de manera consensuada con el Fiscal en la fase procesal indicada anteriormente, caso en el cual el legislador no previó beneficio, lo que no obsta para que el negocio jurídico en estas condiciones surta sus efectos, si de tal situación se la ha suficientemente al procesado.

4.2.5. Preacuerdo con culpabilidad preacordada.

El artículo 369 del C.P.P. autoriza al Fiscal a fijar la pretensión punitiva (“no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía” -art. 370 ejusdem-) si se conviene la culpabilidad con la defensa y el procesado, “en los términos previstos en este código”, lo que debe hacerse conocer del juez para su aprobación en el inicio del juicio oral.

Las manifestaciones de culpabilidad preacordada deben hacerse conocer antes de que se presente la teoría del caso por la Fiscalía.

El inciso segundo del artículo 367 del C de P.P. otorga una rebaja de pena de la sexta parte si el inculcado unilateralmente acepta culpabilidad. Los textos que integran el capítulo de la instalación del juicio oral no refieren en concreto cuanta pena se debe disminuir como premio por lo que el legislador denomina manifestaciones de culpabilidad preacordada, solo se anuncia que el Fiscal debe expresar la “pretensión

punitiva” y que “no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía” (artículos 369 y 370 del C de P.P.).

El irrespeto a las garantías y derechos, de los que se ha dado cuenta en este estudio, sería la razón atendible para que el juez improbara las manifestaciones de culpabilidad preacordada, por lo que su celebración ajustada a derecho le otorga al fiscal la potestad de fijar la punibilidad, en la que ha de tener en cuenta el estado de la actuación, el principio de legalidad de las penas, la proporcionalidad, el aporte a la justicia, las realizaciones de las finalidades a que se refiere el artículo 348 del C de P.P.

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

En los casos en que los subrogados o sustitutos penales estén prohibidos por la Ley, tales mecanismos no pueden ser autorizados por el preacuerdo.

De no estar excluido los sustitutos o subrogados, 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 (los factores objetivos) dependen del marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y la sanción impuesta, siendo entonces estos criterios los que han de tenerse en cuenta para conceder o negar el sustituto penal.

Los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscriben no a la responsabilidad declarada sino sobre la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta, de ahí depende normativamente el requisito objetivo de aquellos, el marco de punibilidad no es el del tipo penal que se tuvo en cuenta para definir la responsabilidad sino el que resulta de la punibilidad negociada para el caso concreto y la sanción impuesta.

Con los preacuerdos se puede negociar la pena y su ejecución, excepto cuando el

legislador lo haya prohibido expresamente.

Conclusión del marco teórico.

En materia de preacuerdos, por regla el juez no puede hacer control material, solamente por vía excepcional debe hacerlo si de manera grosera, arbitraria, se desconoce la estricta tipicidad. No habría lugar cuando sobre la adecuación no hay duda, ni se trata de un supuesto jurídico discutible, problemático.

Ajustada a la tipicidad estricta la imputación jurídica, en la que no hay disponibilidad por las partes de la responsabilidad penal, pueden negociar la punibilidad, con la limitación de las prohibiciones legales.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra

1 Cfr. folios 10-11 del cuaderno original 6.

2 Cfr. folios 11-14 de la carpeta 1 y CD respectivo.

3 Cfr. folios 1-8 del cuaderno 2.

4 Cfr. folios 19-28 ibidem.

5 Cfr. folios 10-24 del cuaderno 3. Se destaca que, contra la decisión del Tribunal,

Jesús María Ortiz Scarpetta formuló acción de tutela que fue declarada improcedente mediante sentencia STP5616-2014, en tanto consideró que se trataba de un proceso en curso y que tampoco se probó un daño irreversible o un perjuicio capaz de lesionar los derechos del accionante. Cfr. folios 42-52 del cuaderno 4.

6 Cfr. folios 1-8 ibidem.

7 Cfr. folios 72-76 ibidem.

8 Cfr. folios 76-84 ibidem.

9 El magistrado Jhon Roger López Gartner salvó el voto en tanto consideró que ha debido declararse desierto por falta de sustentación suficiente y porque la defensa carecía de interés para recurrir.

10 Cfr. folios 10-29 del cuaderno 6.

11 Cfr. folio 32 ibidem.

12 Cfr. folios 35-74 ibidem.

13 Cfr. folio 4 del cuaderno de la Corte.

14 Cfr. folios 26-27 ibidem.

15 Cfr. folio 48 del cuaderno 6.

16 Ibidem.

17 Cfr. folio 49 ibidem.

18 Ibidem.

19 Cfr. folio 50 ibidem.

20 Cfr. folio 51 ibidem.

21 Cfr. folio 53 ibidem.

22 Radicado 71.128.

23 Cfr. folio 58 del cuaderno 6.

24 Cfr. folios 62-63 ibidem.

25 Se refiere a una sentencia del 27 de octubre de 2008.

26 Cfr. folio 70 del cuaderno original del Tribunal.

27 Cfr. folio 71 ibidem.

28 Cfr. folio 72 ibidem.

29 Radicado: 45.736.

30 Artículo 5. “Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

Artículo 10. “Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial... El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos

constitucionales... El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”.

31 Radicado 43.356.

32 Radicado 45.594.

33 ASENSIO MELLADO, José María. Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madrid: Trivium, pp. 17-18.

34 El inciso segundo y su numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, dicen textualmente: ARTÍCULO 350: [...] El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

35 CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Ag. 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.

36 Radicado 71.128.

37 En ese sentido puede confrontarse en lo pertinente, Rad. 34022, sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 40739, auto de 6 de marzo de 2013

38 Radicado 41.375 del 14 de agosto de 2013.

39 T-996 de 2003 y T-579 de 2006

40 Delimitación de funciones entre el juzgador y el fiscal.

41 Radicado 45.736.

42 STP17226-2014, STP3646-2015 y STP10043-2015, radicados 76549, 78742 y 80476.

43 Cfr. folios 11-14 de la carpeta 1.

44 Cfr. folios 1-8 del cuaderno 2.

45 Cfr. folios 5-6 ibidem.

46 Cfr. folios 19-28 ibidem.

47 Cfr. folios 25-27 ibidem.

48 Cfr. folios 10-24 ibidem. Se destaca que, contra la decisión del Tribunal, Jesús María Ortiz Scarpetta formuló acción de tutela que fue declarada improcedente mediante sentencia STP5616-2014, en tanto consideró que se trataba de un proceso en curso y que tampoco se probó un daño irreversible o un perjuicio capaz de lesionar los derechos del accionante. Cfr. folios 42-52 del cuaderno 4.

49 Cfr. folio 15 del cuaderno 3.

50 Cfr. folio 16 ibidem.

51 Cfr. folio 17 ibidem.

52 Cfr. folio 18 ibidem.

53 Cfr. folios 18-23 ibidem.

54 Radicado 73.396.

55 Cfr. folios 1-8 del cuaderno 4.

56 Cfr. folios 72-76 ibidem.

57 Cfr. folios 10-29 del cuaderno 6.

58 Radicado 40.871.

59 Radicado 45.594.

60 Conforme a los artículos 38B y 63 -modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014- aplicables al caso por ser más favorables que los cánones 38 y 63 originales de la Ley 599 de 2000 -vigentes al tiempo de los hechos-.