

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

SP931-2016

Radicación No. 43356

(Aprobado acta No. 025)

Bogotá, D. C., tres (03) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los acusados JAIRO ENRIQUE ACERO y PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, contra el fallo de segunda instancia proferido por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por cuyo medio revocó la sentencia absolutoria de primer grado proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá con Funciones de Conocimiento, y en su lugar los condenó como coautores penalmente responsables del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica, a que se contrae la actuación, fue reseñada por el Tribunal de la manera siguiente:

El día 26 de septiembre de 2009, se recibió en horas de la mañana una llamada en la Policía de Puerto Salgar, en la que se informó que en la orilla del Río Magdalena, en las afueras de la discoteca “Picapiedra”, se encontraba el cuerpo sin vida de un hombre, quien posterior a varias labores de investigación, se determinó que se trataba de Carlos Andrés Ramírez Blanco, sujeto que antes de ser asesinado ingresó a un bar que tiene por nombre “Farina”, junto con un menor de edad, aparentemente viniendo desde Bogotá a ultimar a una persona.

Las diligencias reportan que estando el par de sicarios dentro del bar, aguardando para cumplir su cometido mortal, fueron sorprendidos en su pretensión por aquél a quien iban a matar y quienes en ese momento lo acompañaban, situación que ocasionó que intentaran ser aprehendidos, lo que inicialmente no se logró porque ambos huyeron, todo lo cual desencadenó en que el menor, finalmente, fue capturado por policiales que lo vieron huir, momento en que le hallaron en su poder un arma de fuego; mientras que varios sujetos corrieron tras el señor Carlos Andrés Ramírez, apresándolo, golpeándolo, para luego subirlo a un carro, apareciendo al día siguiente su cuerpo sin vida a un costado del Río Magdalena.

Producto de las investigaciones adelantadas se concluyó que los posibles autores del homicidio habían sido los señores Frederick Fransuá Rodríguez, Jhon Jairo Sánchez [a quien venían a darle muerte los sicarios], PABLO EMILIO TELLO y JAIRO ENRIQUE ACERO, últimos dos en contra de los cuales se siguió el proceso que ahora nos convoca.

2.- El 23 de noviembre de 2009 la Fiscalía presentó el caso ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, en donde se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del indiciado PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ¹.

La imputación se efectuó como presunto coautor del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, definidos por los artículos 103, 104.7 y 365 del Código Penal, con las modificaciones punitivas de que tratan la Leyes 890 de 2004 y 1142 de 2007, cuyos cargos no fueron aceptados.

Posteriormente, el 1º de diciembre de 2009, la Fiscalía suscribió un preacuerdo con el imputado PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ², en presencia de su defensor y la representación del Ministerio Público el cual <<radica en que el acusado señor PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, acepta la responsabilidad integral por los cargos que se le han formulado en calidad de CÓMPLICE de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO contemplado en el Art. 103 - 104.7, en concurso con el de TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE ARMAS DE FUEGO o MUNICIONES contemplado en el art. 365 del C.P. y por ende obtener la rebaja del 50% de la pena a imponer de que trata el art. 351 del C.P.P., de conformidad al estado o etapa procesal en que se encuentra la investigación, como quiera que es un preacuerdo entre las partes el sistema de cuartos no operaría>>.

Remitido el asunto al Juzgado Penal del Circuito de La Dorada para la verificación de la legalidad de lo acordado y el proferimiento de la sentencia correspondiente, en audiencia celebrada el 12 de febrero de 2010, después de interrogar al imputado sobre su voluntad de aceptar lo convenido y verificar que éste <<manifestó aceptar los términos plasmados en el mismo>>, como igual aconteció respecto del apoderado judicial de la víctima y el agente del Ministerio Público, quienes <<no hicieron objeciones al preacuerdo>>, <<el Despacho decidió improbar el preacuerdo bajo las siguientes precisiones: Cuando la Fiscalía imputó cargos en contra de PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, lo hizo a título de coautor de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y FABRICACIÓN, TRÁFICO y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES; posteriormente la misma Fiscalía tiene a bien celebrar un preacuerdo donde varía la forma de responsabilidad de coautor a cómplice, bajo el argumento de que algunos elementos materiales probatorios recaudados le permiten inferir que quien cegó (sic) la

vida de la víctima fue JHON JAIRO SÁNCHEZ y no el aquí imputado. Después de revisar detenidamente la actuación, encuentra el Despacho que en este evento fueron cuatro personas quienes forzaron a la víctima para que subiera a un vehículo, supuestamente para trasladarlo hasta la Estación de Policía, pero resultaron llevándolo a un sitio apartado a orillas del Río Magdalena donde lo ultimaron con arma de fuego. Dicho grupo nunca se desintegró desde cuando decidieron transportar a la víctima hasta el sitio que sólo ellos conocían, y menos aun cuando regresaron luego de cumplir su cometido. Tampoco se conoce que alguno de los cuatro, entre ellos el aquí imputado, se hubiera opuesto al homicidio de la hoy víctima, o hubiera optado por apartarse del grupo antes de sucederse el homicidio. Quiere decir lo anterior que todos y cada uno de los integrantes del grupo de personas comprometidas en el homicidio tuvieron dominio del hecho, conocían el designio criminal, amén de advertirse en ellos la complacencia del resultado final, características que en modo alguno son propias del cómplice sino del autor>>3 (se destaca).

Esta determinación fue objeto de impugnación por parte de la defensa, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de decisión integrada por los Magistrados Gloria Ligia Castaño Duque, José Fernando Reyes Cuartas y Héctor Salas Mejía, mediante proveído de 3 de marzo de 2010 decidió impartirle íntegra confirmación⁴.

Días más tarde⁵, la fiscalía y el imputado PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ suscribieron otro preacuerdo, distinto al anterior, en el cual éste manifiesta que <<acepta la responsabilidad integral por los cargos que se le han formulado en calidad de COAUTOR de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO CONTEMPLADO EN EL ART. 103, 104-7, en concurso con el de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES contemplado en el art. 365 del C.P., con el aumento de pena que trae el art. 14 de la Ley 890 de 2004 para el delito de HOMICIDIO, en el estado o etapa procesal en que se encuentra la investigación, la rebaja de pena sería del 50% de

conformidad con lo establecido en el art. 351 de la Ley 906 de 2004, como quiera que es un preacuerdo entre las partes el sistema de cuartos no operaría>>.

El asunto correspondió conocerlo al Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, en donde una vez instalada la audiencia de verificación de la legalidad del preacuerdo, <<el defensor manifestó que su representado no tiene interés alguno en aceptar los términos del preacuerdo celebrado días atrás entre la unidad de defensa, siendo partidario de que se prosiga con la diligencia para resolver lo pertinente en torno al preacuerdo tantas veces cuestionado por el propio imputado. El despacho ordenó proseguir con la diligencia y en tal sentido se le puso de presente a la unidad de defensa el memorial que contiene el preacuerdo celebrado días atrás entre unidad de defensa y Fiscalía, a fin de que revisen detenidamente los términos del mismo. Reanudada la diligencia, el defensor manifestó que su representado no tiene interés alguno en aceptar los términos del preacuerdo, pues fue engañado en su buena fe por el antiguo defensor, y a más de ello desconocía por completo el mentado preacuerdo. Interrogado el imputado hizo igual manifestación, siendo enfático en no aceptar el preacuerdo>>6.

Posteriormente, tras el impedimento que para conocer del juicio formuló el Juez Penal del Circuito de La Dorada⁷, el cual se declaró fundado por el Tribunal⁸, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá el día 14 de julio de 2010 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación -en la cual la Fiscalía acusó al imputado PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado y tráfico, fabricación, o porte de armas de fuego o municiones, de que tratan los artículos 103, 104.7 y 365 del C.P., -con las modificaciones punitivas de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004-.⁹

3.- De igual modo, el 15 de enero de 2010, ante el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal con función de control de garantías de La Dorada, a iniciativa de la Fiscalía se

llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del indiciado JAIRO ENRIQUE ACERO¹⁰.

La imputación se efectuó <<por el delito de HOMICIDIO (artículo 103 del C.P.P.) AGRAVADO (artículo 104 No., 7) (en calidad de cómplice. Art 30 del C.P.P.), EN CONCURSO CON TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ILEGAL DE ARMAS (artículo 365 C.P.P.) tipificado en el Código penal>>, cuyos cargos no fueron aceptados.

4.- Asimismo, el 26 de enero de 2010¹¹, a iniciativa de la Fiscalía ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías con sede en La Dorada, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del indiciado FREDERICK FRANSUÁ RAMÍREZ CAMPOS a quien <<se le formuló imputación en calidad de cómplice, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON PORTE ILEGAL DE ARMAS. El cargo extendido por la Fiscalía FUE ACEPTADO>>.

5.- Posteriormente, el 11 de marzo de 2010¹², ante el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, se llevó a cabo la audiencia de verificación sobre la legalidad del allanamiento a cargos realizado por FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA y el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y JAIRO ENRIQUE ACERO, con el acompañamiento de su defensora y el Ministerio Público, el cual <<radica en que el acusado señor JAIRO ENRIQUE ACERO, acepta la responsabilidad integral por los cargos que le han formulado en calidad de CÓMPLICE de los delitos de su HOMICIDIO AGRAVADO CONTEMPLADO EN EL ART. 103, 104.7, en concurso con el de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES contemplado en el art. 365 del C:P:, con el aumento de pena que trae el art. 14 de la Ley 890 de 2.004 para el delito de HOMICIDIO, asimismo con la circunstancia de mayor punibilidad que trae el art. 58 del C:P:, en su numeral 10 es la de obrar en coparticipación criminal, de conformidad al estado o

etapa en que se encuentra la investigación, la rebaja de pena sería del 50% de conformidad con lo establecido en el art. 351 de la Ley 906 de 2004, como quiera que es un preacuerdo entre las partes el sistema de cuartos no operaría>>13.

El Juez decidió improbar tanto el allanamiento a cargos como el preacuerdo que le fueron puestos de presente. Al efecto, consideró el funcionario lo siguiente:

<<La Fiscalía General de la Nación, en este caso que ya viene conociendo el Despacho y respecto a los procesados mencionados aquí presentes ha manifestado lo siguiente en la formulación de imputación. Dijo textualmente que después de hacer una relación y análisis de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, concluye que FREDERICK FRANSUA se encuentra incurso en los delitos de homicidio agravado, pues en su concepto queda claro que cuatro personas golpearon brutalmente a la víctima para luego trasladarlo hasta las orillas del río Magdalena, donde le dieron muerte en sitio oscuro, lejano y solitario. Dicho delito en concurso con porte ilegal de armas, ya que la muerte fue ocasionada con arma de fuego, y seguidamente señala que en calidad de cómplice. Estoy refiriéndome a la imputación que le hace en la audiencia de formulación de imputación a FREDERICK FRANSUA, ya que contribuyó, junto con JAIRO ENRIQUE ACERO y PABLO EMILIO TELLO, en la comisión de las conductas punibles. También dedujo la circunstancia de mayor punibilidad Art. 58.10, referida a la coparticipación criminal.

Bajo esas mismas premisas o argumentos fácticos, le imputó cargos a JAIRO ENRIQUE ACERO y también señaló allí, que según su criterio debía responder a título de cómplice y no de coautor o autor, obviamente que debía poner en consideración del Despacho todos los elementos materiales probatorios con que cuenta el expediente hasta ahora adelantado.

Ya este Despacho en proceso por separado sobre estos mismos hechos y referido a

PABLO EMILIO TELLO, en donde igualmente se establecieron preacuerdos, para que este señor, PABLO EMILIO TELLO respondiera como cómplice, el Despacho se pronunció con anterioridad negando esa imputación de complicidad. Antes de proseguir con el análisis ya del Despacho para entrar a aprobar o improbar estas diligencias en lo que tiene que ver esta imputación de complicidad de estas dos personas, como quiera que frente a JAIRO ENRIQUE ACERO se elaboró un preacuerdo entre la unidad de defensa y la fiscalía, donde no ha intervenido ningún juez en dicho documento y en dicho preacuerdo el despacho antes de proceder a pronunciarse sobre el mismo tiene que entrar a corroborar la firma de ese preacuerdo y que el procesado lo haya hecho de manera libre, consciente y voluntaria.

Cuando la aceptación de cargos se hace ante un Juez de Garantías, es ese Juez de Control de Garantías quien entra a revisar o a verificar que esa aceptación de responsabilidad sea de manera libre, consciente y voluntaria, sin ninguna clase de coacción o de presión, por eso entonces cuando esos negocios llegan aquí con allanamiento a cargos como sería el caso o es el caso de este señor FREDERICK FRANSUA, el juez de conocimiento no tiene que entrar nuevamente a revisar la voluntad de esa persona que haya sido exenta de vicio, pero cuando se trata de preacuerdos donde no ha intervenido ningún juez porque precisamente el acuerdo se hace es entre la fiscalía y la defensa sin la intervención de ningún juzgado que valide el preacuerdo, el juez de conocimiento tiene que entrar antes de pronunciarse sobre el preacuerdo, a verificar que esa voluntad esté exenta de toda clase de vicios, o sea de error, de fuerza o de dolo, o de cualquier clase de coacción y que la aceptación de responsabilidad sea libre y voluntaria y con la cabal comprensión de las consecuencias de la no aceptación de responsabilidad.

Entonces frente al preacuerdo, antes de proseguir en el análisis que se comenzaba a hacer, le preguntamos inmediatamente al señor JAIRO ENRIQUE ACERO debidamente asistido de su abogada defensora si es su voluntad libre, consciente, sin ninguna clase de presión o coacción, mucho menos de engaño, ni de error, aceptar su

responsabilidad como cómplice en estos delitos graves de acuerdo al acta de preacuerdo suscrita entre la unidad de defensa, compuesta por su abogada y él, con la Fiscalía. Tiene la palabra señor JAIRO ENRIQUE ACERO para que manifieste si corrobora o se ratifica en el preacuerdo y en la responsabilidad que acepta como cómplice de estas conductas punibles, se le escucha: “sí su señoría, acepto la imputación”. Esa aceptación de responsabilidad como cómplice de estas conductas es de manera libre, consciente y voluntaria, contestó: “Su señoría, pues de pronto aprovecho la situación de, o sea yo estoy aceptando, el preacuerdo, pero la verdad tengo, o sea dos argumentos, en los cuales yo presencié el homicidio”. Se le interrumpe al procesado porque la pregunta es clara y no se trata de que usted nos haga una exposición de los hechos, de lo que usted presenció, hizo o no hizo, yo le estoy preguntando es si usted de manera libre, consciente y voluntaria acepta su responsabilidad como cómplice de estos delitos. Usted dirá sí o no, y precisamente eso es lo que estoy verificando, que esa aceptación de responsabilidad de parte suya, no tenga ninguna clase de engaño ni de presión ni de coacción. Usted manifestará si acepta o no acepta su responsabilidad como cómplice en ese preacuerdo que ha firmado, no me diga ahora que es culpable o es inocente porque no se trata realmente en este momento de eso, otra cosa es que usted no acepte responsabilidad y en un juicio se entre a debatir si usted es responsable o no con una exposición de los hechos y de todos los testigos. Entonces dirá si acepta o no esta responsabilidad como cómplice así como firmó el preacuerdo. Tiene la palabra: “sí su señoría, ya me quedó en claro, sí acepto el preacuerdo”.

Siendo así entonces ya una vez corroborada la voluntad del imputado JAIRO ENRIQUE ACERO de aceptar su responsabilidad como cómplice en esta acta de preacuerdo proseguimos con lo que venía haciendo el Despacho momentos antes, es decir, hacer un pronunciamiento sobre esto.

Los hechos señalan claramente que el día de ocurrencia, los cuatro imputados que aparecen en estos hechos, JAIRO ENRIQUE ACERO, FREDERICK FRANSUA RODRÍGUEZ,

PABLO EMILIO TELLO y un señor JOHN JAIRO SUARÉZ, procedieron a aprehender a Carlos Andrés Ramírez Blanco lo subieron después de golpearlo brutalmente lo subieron en un vehículo, lo llevaron a orillas del río Magdalena, frente a la Discoteca Picapiedra y allí fue ultimado o asesinado este joven Carlos Andrés Ramírez Blanco.

Lo que se conoce es que las cuatro personas iban en el vehículo, se conoce con lujo de detalles la ubicación de las personas en ese carro, quién era el conductor, quién era el copiloto, quiénes eran los tres ocupantes de la parte trasera del vehículo, en qué lugar iba cada uno de ellos, y los elementos materiales probatorios con que cuenta el Despacho, que no son otros que las versiones que de manera voluntaria y renunciando al derecho a guardar silencio han expuesto, o depuesto, los aquí implicados, lo que muestra es una serie de incriminaciones mutuas y recíprocas de autoría o de coautoría en este homicidio, por lo que enseguida el despacho señala que no encuentra realmente explicación o razón del porqué de la Fiscalía, en su concepto y en su criterio termina haciendo imputaciones de complicidad y preacuerdos por complicidad, de espaldas completamente a los elementos materiales probatorios, y sin ninguna clase de argumentación realmente de por qué son creíbles o no son creíbles.

Si nosotros miramos la entrevista de PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, que aparece a folio 25, dice este señor que está implicado en estos hechos y que hace parte de los elementos materiales probatorios y que se le sigue un proceso por separado a éste. “Entonces ahí llegamos a Picapiedra, y JOHN JAIRO SÁNCHEZ, JAIRO ACERO y el señor CHICHO, que es el señor FREDERICK FRANSUA, lo bajaron del carro, refiriéndose a la hoy víctima, y se lo llevaron hacia el río, yo me quedé entre el carro, metido, cuando al rato llegaron al carro JAIRO SÁNCHEZ, JAIRO ACERO y el señor CHICHO, sin el señor, y cuando yo estaba en el carro escuché unos disparos y ahí fue cuando regresaron al carro, ellos, sin el muchacho. Yo no puedo decir ni afirmar qué sucedió o no sucedió en esos hechos me estoy simplemente basando en lo que ha dicho aquí una persona en una versión con abogado. “Ellos son JOHN JAIRO SÁNCHEZ, JAIRO ACERO y CHICHO, se subieron

al carro y dentro del carro, por boca del mismo señor CHICHO dijo: “ya lo maté con la misma arma que se le quitó al sicario”. Lo escuché del mismo señor Chicho, dentro del carro”. Esa incriminación pesa contra el señor FRDERICK por parte de una de las personas que iban en el vehículo, y la Fiscalía sin ninguna clase de motivación ni argumentación termina diciendo que él es cómplice en la imputación.

Ahora miremos. El Despacho se va a referir únicamente a lo que son las versiones de las personas que iban en el vehículo y que estuvieron ese día en el sitio Picapiedra.

(...)

Reanudamos la diligencia, toda vez que la luz se fue del palacio de justicia, debe decir este funcionario entonces que con la versión que rindió PABLO EMILIO TELLO, tras haber renunciado al derecho de guardar silencio, le hace imputaciones a los dos procesados aquí presentes y al señor JOHN JAIRO, como coautores del homicidio de este joven al señalar que los tres se bajaron del vehículo y lo condujeron a orillas del río donde finalmente se produjo la muerte de esta persona.

Ahora miremos entonces, lo que dijo en versión el señor JAIRO ENRIQUE ACERO. Dijo textualmente: “Al detener la marcha del vehículo en mención en el sitio denominado Picapiedra, se bajan del vehículo el señor JOHN JAIRO SÁNCHEZ y el señor PABLO TELLO alias “Cocada”, precisamente retiran la silla donde iba sentado el señor PABLO TELLO, alias Cocada, nos bajamos yo JAIRO ACERO, quien se encontraba al lado derecho y por tal motivo obligatoriamente me tenía que bajar del vehículo para permitir la salida del sicario y del señor a quien llaman Chicho, o sea FREDERICK FRANSUA, luego de la salida del vehículo camino unos diez o quince pasos, dándole la vuelta al vehículo, y detrás venía el sicario y el señor al que llaman Chicho apuntándole y sujetándolo. Después de esa oportunidad me logro hacer a un lado, exactamente por el lado de la puerta izquierda del conductor cuando siguieron con dirección al río Magdalena los señores John Jairo

Sánchez, el señor a quien llaman Chicho y el sicario. Al bajar el barranco se pierde un poco la visibilidad, pero por las sombras que desde allí se observaban y el destello que es producido por la pistola al ser disparada, se notó que habían ultimado al sicario, al regresar John Jairo Sánchez y luego Chicho, quien era la persona que portaba el arma de fuego, clase pistola, me uní a ellos para subirnos al vehículo”.

Después sigue diciendo en otro aparte de su versión: “Es de anotar que cuando nos subimos nuevamente al vehículo de John Jairo Sánchez, alias Chicho le dice a John Jairo, “Patrón ahí le probé y lo maté con el mismo arma del sicario”.

En otra parte dice: “Manifieste por qué motivo no fue entregado a la policía el señor Carlos Andrés Ramírez Blanco”, respondió: “Era la intención principal según lo manifestado por el señor JOHN JAIRO SÁNCHEZ, pero ya dentro del vehículo el señor alias Chicho fue quien principalmente incitó a que se ultimara al sicario a lo cual JOHN JAIRO SÁNCHEZ accedió desviando el vehículo hacia el río Magdalena”.

Entonces con estas versiones de PABLO EMILIO TELLO y JAIRO ACERO, surge una serie de incriminaciones a FREDERIC FRANSUA RODRÍGUEZ MOLINA alias Chicho, a quien inclusive lo señalan como el autor material de este homicidio y gran protagonista de estos hechos. Desconoce este servidor, de dónde la Fiscalía realmente entiende la complicidad de este señor en este homicidio, cuál fue la colaboración insuficiente para esto.

Ahora miremos qué dice por último FREDERICK FRANKSUA RODRÍGUEZ MOLINA, quien pese a ser protagonista de los hechos, se muestra ajeno a los mismos y lo que hace es lanzar incriminaciones contra el resto del grupo: “El señor John Jairo Acero, el carro se metió por detrás de la Alcaldía, cuando el carro iba en movimiento el señor Cocada y el señor Jairo Acero le daban golpes al muchacho y le decían ‘hable hijueputa, quién lo mandó’ (sic), entonces a criterio de este servidor, la complicidad planteada por la

Fiscalía como responsabilidad penal de los señores Jairo Enrique Acero y Frederick Fransua Rodríguez Molina, un grupo de cuatro personas agreden violentamente a un joven, lo someten completamente, lo suben a un vehículo, lo llevan a un sitio lejano y solitario a orillas del río Magdalena, y con pleno dominio del hecho, terminan quitándole la vida y la Fiscalía en el entendimiento que hace de los hechos, entonces en su saber, o en su tesis, apunta a que el señor John Jairo Sánchez es el autor y que entonces los restantes integrantes de este grupo son cómplices. Complicidad que el Despacho no encuentra en ninguna parte, porque mirada la participación de Frederick Fransua alias Chicho, se confunde de una coautoría material directa o en una coautoría material indirecta.

En la coautoría indirecta todos sabemos que debe haber acuerdo tácito y expreso de lo que se va a cometer, igualmente el vehículo no se dirigió a la policía, sino a un lugar apartado, el destino criminal que llevaba y finalmente perpetrado.

Con base en estas argumentaciones entonces el despacho entra a manifestarse en el sentido de improbar las diligencias de la Fiscalía donde les hace cargos o imputaciones a estas dos personas como cómplices de estas conductas graves: a Frederick Fransua, aceptando en el allanamiento a cargos en la formulación de imputación y Jairo Enrique Acero aceptando después en diligencia de preacuerdo al que llegó con el ente Fiscal. Esas son las argumentaciones del Despacho, y las razones por las que imprueba este cargo, pues la Fiscalía no realiza ninguna argumentación, aparte de los hechos, donde realmente señale por qué son cómplices y no son coautores.

Ahora para terminar, hay que decir de una vez, que la Fiscalía cuenta con una interceptación del señor John Jairo Sánchez, donde, en la interceptación telefónica que se le hace a este individuo, dice “yo maté a una persona que me venía a cascar”, así textualmente aparece en la transliteración, pero no dice exactamente que él disparó el arma, si estamos hablando de un grupo de cuatro personas que mataron a otra, lo que cree el Despacho es que todos, con dominio del hecho mataron a esta persona, no

dice exactamente que él disparó el arma, no dice tampoco quiénes participaron ni qué hizo cada uno en esta interceptación telefónica.

Por último, precisamente hablando de la coautoría, a ninguno de los presentes se le ocurre que este señor John Jairo Sánchez solo en un vehículo, podía realmente someter a este individuo, llevarlo solo hasta la orilla del río y causarle la muerte, sino que por la coparticipación que tuvo un grupo de cuatro varones sometiendo totalmente a un hombre indefenso, para finalmente segarle la vida en un lugar apartado.

Bajo esos términos y con estas razones este despacho imprueba estas imputaciones de complicidad, por parte de ente fiscal a los señores JORGE ENRIQUE ACERO y FRÉDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA (se destaca).

Dicha determinación fue objeto de apelación por estos dos imputados y sus respectivos defensores¹⁴, pero posteriormente desistieron del recurso, lo cual fue aceptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en determinación adoptada el 6 de abril de 2010 por la Sala de decisión integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Héctor Salas Mejía y Antonio Toro Ruiz¹⁵.

6.- Con fecha 21 de abril de 2010, ante el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de JAIRO ENRIQUE ACERO y FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA, como coautores del concurso de delitos de homicidio agravado y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones, de que tratan los artículos 113, 114.7 y 365 del C.P.¹⁶

7.- De igual modo, el 21 de mayo de 2010¹⁷ ante el mismo Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado y

tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones, de que tratan los artículos 113, 114.7 y 365 del C.P.

8.- En sendas audiencias llevadas a cabo los días 3 de mayo¹⁸ y 3 de junio de 2010¹⁹, el Juez Penal del Circuito de La Dorada, con apoyo en la causal 6ª del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, expresó su impedimento para conocer del juicio oral respecto de los imputados JAIRO ENRIQUE ACERO, FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA y PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, <<en razón de haber emitido ya dos pronunciamientos donde se ha hecho alusión a la forma de responsabilidad>> de tales implicados.

Dichas manifestaciones de impedimento se declararon fundadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en pronunciamientos de 19 de mayo²⁰ y 21 de junio²¹ de 2010, lo que determinó la asignación del conocimiento de los referidos asuntos al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, por parte de la Sala Administrativa de Consejo Superior de la Judicatura²².

9.- Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, el 14 de julio de 2010²³, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación en contra de PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ -en la cual la Fiscalía lo acusó como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte ilegal de armas de fuego o municiones-.

Con fecha 21 de julio de 2010²⁴, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, ante la manifestación de haberse celebrado un preacuerdo entre la Fiscalía y el acusado FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA, precisó que <<la actuación se seguirá surtiendo única y exclusivamente contra el señor JAIRO ENRIQUE ACERO>>, por lo que fijó fecha para continuar con la audiencia de formulación de acusación respecto de éste.

10.- En la audiencia llevada a cabo el 6 de agosto de 2010 por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá²⁵, dicho funcionario <<decide declararse impedido para continuar conociendo de la etapa del juicio y decidir de fondo en los procesos penales que por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, en concurso con el de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO o MUNICIONES se adelanta contra el imputado JAIRO ENRIQUE ACERO, al cual se le decretó la conexidad con similar que se adelanta contra el señor PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, a instancias de que la Fiscalía Segunda Seccional de la Dorada Caldas, donde aparece como víctima CARLOS ANDRÉS RAMÍREZ BLANCO, por considerar que se configuran las circunstancias previstas en los numerales 4 y 6 del art. 56 del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), relativa a que este operador judicial ha comprometido su criterio, al pronunciarse sobre la responsabilidad penal de las personas implicadas en este asunto, al momento de APROBAR el PREACUERDO a que llegó la Fiscalía 2ª Seccional de La Dorada con la defensa del imputado FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA y éste, donde se le dedujeron cargos a título de COAUTOR por los delitos investigados, concluyéndose que la Fiscalía efectivamente contaba con suficientes elementos cognoscitivos (Elementos Materiales Probatorios, Evidencia Física e información legalmente obtenida) como para sostener oportunamente su correspondiente teoría del caso>>.

En razón de lo anterior, dispuso el envío de la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares, Caldas, <<para que si a bien lo tiene avoque el conocimiento del proceso>>.

Mediante providencia de 19 de agosto de 2010, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares, Caldas, resolvió <<DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el señor JUEZ PROMISCOU DEL CIRCUITO DE PUERTO BOYACÁ, para seguir conociendo de este proceso>>²⁶.-

11.- Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares, Caldas, el 29 de octubre de

201027 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación en contra de JAIRO ENRIQUE ACERO -en la cual la Fiscalía lo acusó como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte ilegal de armas de fuego o municiones- .

12.- Posteriormente, el 4 de febrero de 201128, ante el mismo Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales, Caldas, se llevó a cabo la audiencia preparatoria en que se resolvió sobre las pretensiones probatorias de las partes, y los días 11 de mayo29 y 19 de octubre de 201130, 1831, 2532 y 2633 de enero, 1734 y 19 de abril35; 1636, 1737 y 2538 de mayo de 2012, el juicio oral. En esta última fecha se anunció el sentido absolutorio del fallo.

13.- Mediante pronunciamiento del 12 de junio de 201239, el nuevo titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales, expresó su impedimento para conocer del proceso seguido contra los acusados JAIRO ENRIQUE ACERO y PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, en virtud a que en su anterior condición de Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, conoció del caso por razón de la aceptación de cargos realizada por FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA.

14.- Luego de algunas otras incidencias procesales que no son del caso referir ahora, el asunto finalmente fue asignado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales40 al Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá, autoridad ésta que mediante sentencia proferida el 4 de junio de 2013, decidió poner fin a la instancia absolviendo a los acusados JAIRO ENRIQUE ACERO y PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, de los cargos que les fueron formulados41.

15.- Oportunamente la Fiscalía apeló de la sentencia de primera instancia, y el Tribunal, por medio de fallo proferido el 29 de octubre de 2013 decidió revocarla íntegramente y en su lugar condenar a cada uno de los acusados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO

ENRIQUE ACERO, a la pena principal de treinta y cuatro (34) años y cuatro (4) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años, al tiempo que no les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, entre otras decisiones, como consecuencia de encontrarlos coautores penalmente responsables del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, definidos por los artículos 103, 104.7 y 365 del Código penal, imputado en la acusación.

16.- Contra la sentencia de segunda instancia, la defensa de los acusados, oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda⁴², la cual fue admitida por la Corte⁴³

.

LA DEMANDA

Después de resumir los hechos e identificar las partes intervinientes en el trámite y la sentencia materia de impugnación, así como de hacer un relato de lo actuado en las instancias, manifiesta que le asiste interés jurídico para acudir a la casación, toda vez que la sentencia de segunda instancia se produjo con manifiesto desconocimiento de las garantías fundamentales de la imparcialidad y el debido proceso.

Seguidamente, con apoyo en las causales segunda y tercera de casación, tres cargos postula el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

En el primer cargo, formulado como principal al amparo de la causal segunda prevista por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el casacionista denuncia que la sentencia de segunda instancia se halla viciada de nulidad por la violación del debido proceso, debido al desconocimiento de la garantía

de imparcialidad, que como norma y principio rector se consigna en el artículo 5º ejusdem.

Afirma que los Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que profirieron el fallo de segundo grado, <<se encontraban impedidos para decidir de fondo el asunto que se les asignó, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 6º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal>>.

Sostiene que el fundamento de su disenso radica en que en pretérita ocasión, la misma Sala de Decisión del Tribunal Superior, conformada por los magistrados que aprobaron la sentencia de segunda instancia, desde los albores de la actuación realizaron un control material de la acusación en primera y segunda instancia, no esperado por las partes, <<a punto que la judicatura se abrogó la tarea de adecuar jurídicamente, el grado de participación de los encausados, con relación a la presunta comisión de las conductas punibles que se investigaban y desde luego, dicha providencia se produjo, teniendo en cuenta los EMP y EF, que fueron tomados a título de inferencia que a la postre, lo fue de certeza, en doble instancia inclusive, eso sí, por ahora, sin efectos de ejecutoria>>.

Anota que por parte del ad quem, se hicieron juicios de responsabilidad anticipada de los entonces imputados, a punto tal que en segunda instancia se decidió sobre el grado de participación de los encartados en relación con las conductas punibles por las que debían responder, esto es, como coautores impropios de homicidio agravado en concurso con porte, tráfico o fabricación de armas de fuego.

En contraste con dicha situación -dice-, por estas mismas razones de su parte se declararon fundados los impedimentos de los funcionarios que improbaron los preacuerdos entre la Fiscalía y estos dos acusados.

Después de traer a colación apartes de los aludidos pronunciamientos, refiere que los mismos hacen que inexorablemente se vislumbre en el fallo la inaplicación de lo predicado por el mismo Tribunal en relación con el deber de obediencia a la imparcialidad que la justicia debe en cada una de sus decisiones.

Considera que <<la indudable existencia de una confluencia sustancial, entre las nociones de responsabilidad de los acusados, plasmadas en el proveído del 3 de marzo de 2010 debidamente ejecutoriado, y las desarrolladas en la sentencia de segunda instancia, ambas emitidas por los mismos operadores jurídicos; configuran una nulidad supralegal de la segunda actuación en mención>>, pues <<la imparcialidad que se garantizó a las partes en el juicio, hasta la decisión proferida en primera instancia, indefectiblemente se opacó por la parcialidad que a todas luces, le quitó su brillo en sentencia de segundo grado>>.

Insiste en señalar que el Tribunal, a cuyos magistrados inopinadamente dice recusar ahora de manera extemporánea, es decir después de haber proferido el fallo de segunda instancia objeto del recurso extraordinario, <<no se detuvo a considerar ni por un instante, sobre el origen del homicidio del señor CARLOS ANDRÉS RAMÍREZ BLANCO, más allá de lo enunciado en el fallo en forma aislada; que según su respetable motivación, fue producto de un acuerdo mancomunado, del cual en su tesis jurídica, mis defendidos no salen bien librados del reproche penal que les mereció a sus instancias, cuya exposición concluyente; probablemente podría tener una explicación muy distinta y sobre todo, salvo mejor criterio, una respuesta al caso, quizás más ajustada a la verdad real como variable de apreciación de las pruebas; que no es otra, que resulta muy probable que si la intención de los sentenciados, hubiese sido realmente la de ultimar al sicario que cumplía una misión fatal; lo hubiesen hecho ipso facto, en el preciso momento en que fue desarmado, en la medida en que de tan fúnebre despropósito contra la humanidad del señor JHON JAIRO SÁNCHEZ PRADA, quien realmente era el indefenso; los amparaba la legítima defensa como excluyente de

responsabilidad penal>>.

Después de hacer algunas consideraciones probatorias, y afirmar que de acuerdo a las apreciaciones del Tribunal la conducta podría corresponder al delito de encubrimiento, sostiene que eran múltiples las hipótesis que las pruebas habrían podido arrojar, si la decisión de segunda instancia hubiese estado radicada en cabeza de otros magistrados del Tribunal.

Estima trascendente el yerro que dice noticiar, pues al haber consolidado en la sentencia la tesis de responsabilidad penal respecto del acopio probatorio que con antelación había edificado, se omitió la aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.6 del Código de Procedimiento Penal, <<porque si su concepto en el caso que llegó a su estudio de fondo nuevamente, era el mismo de precedencia, lo único y legalmente procedente era declararse impedido>>.

Con fundamento en estas y otras consideraciones expuestas en similar sentido, tras sostener que no existe otro mecanismo judicial para subsanar la irregularidad que trata de poner de presente, estima que la Corte debe declarar la nulidad de la sentencia objeto de censura y remitir las diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales.

En cuanto hace al segundo cargo que el libelista postula contra el fallo del Tribunal, manifiesta que en la referida decisión se incurrió en <<falso juicio de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se fundó la sentencia>>.

Sostiene al efecto que el interrogatorio tomado al indiciado FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA el 13 de enero de 2010, fue introducido indebidamente a través del testimonio del investigador de la SIJIN, Patrullero Adrián Ricardo Vargas Mejía, <<como si dicho elemento, fuese autónomo en sí, y permanente en el tiempo, sin identidad

oral ni menos correspondencia, frente a la práctica de la prueba testimonial ya en el juicio>>.

Dice entender que los únicos eventos en los cuales puede tener acogida una declaración extra juicio -sea ésta una entrevista, un interrogatorio de indiciado, una declaración jurada o una exposición previa-, como parte integral del testimonio de quien las rindió como versión anterior al juicio oral, <<es cuando dichos elementos materiales probatorios, se usan frente al mismo testigo que las rindió en precedencia, solamente con fines de impugnación, para refrescar memoria de acuerdo al numeral 4 del artículo 403, o según las previsiones del literal b del artículo 393 ibídem>> y agrega que para efectos de impugnar la credibilidad del testigo, el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal puntualiza la forma de hacer valer en el juicio las exposiciones previas del testigo, sin oportunidad de contrainterrogatorio por la otra parte.

Seguidamente trae a colación el criterio de algún autor extranjero, <<quien sostiene que se puede acudir al contenido de las deposiciones anteriores al juicio, como prueba sustancial, previo su anuncio, desde la etapa de descubrimiento probatorio -sin que sea necesario pedirla o anunciarla como prueba-, si el testigo que la rindió no concurre al juicio oral por alguna de las causales del artículo 438 ibídem, o concurre pero niega la existencia de la versión anterior que aparece en su contenido, no recuerda nada o guarda silencio>>.

Anota que los anteriores son los únicos eventos en los cuales resulta necesario rehabilitar al testigo, siendo ese el momento procesal oportuno para hacer uso de la declaración anterior <<la misma que se hizo sin intermediación del juez, y en su orden, una vez confrontada en vista pública en el juicio oral, con los fines propios ora de refrescar memoria u ora de impugnación de credibilidad al testigo presente; incorporada en debida forma, de manera subsiguiente, para que haga parte del testimonio objeto de la

valoración integral de la prueba, que se espera del Fallador. Tesis que tiene toda su razón de ser, puesto que lógico es concluir, que de existir consonancia real entre la versión primigenia y su testimonio en audiencia, no sería posible admitir la introducción de la primera en mención>>.

Sostiene que en el presente caso se trató del interrogatorio de indiciado del 13 de enero de 2010, rendido por el señor FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA, conocido en las diligencias con el alias de “Chicho”, cuya incorporación al proceso, según el punto de vista del demandante, carece de legalidad.

Añade que fue la Fiscalía la parte que procuró el uso del interrogatorio de indiciado en comento, previamente incorporado de manera indebida al proceso, a través del testimonio rendido por el funcionario de Policía Judicial Adrián Ricardo Vargas Mejía , <<siendo la misma funcionaria que representa la agencia fiscal, quien sin ofrecer el documento al testigo porque sólo lo enunció, dio lectura parcial al interrogatorio de indiciado en mención, al momento de la recepción del testimonio del señor RODRÍGUEZ MOLINA en juicio. Aspecto sobre el cual, la Unidad de Defensa no se pronunció ni reclamó en dicho momento, en la medida que dicho actuar era únicamente del resorte de la Fiscalía, que era la peticionaria de dicha prueba, y además porque para ese momento procesal, el declarante era testigo de cargo>>.

La primera irregularidad la hace consistir en que fue la misma funcionaria que por entonces representaba a la Fiscalía, quien de manera antitécnica dio lectura parcial al contenido del interrogatorio de indiciado del 13 de enero de 2010, justo cuando el señor FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA, respondía a su interrogatorio directo, en presencia del Juez A quo y las demás partes intervinientes.

Anota que según el registro, dicho documento únicamente le fue exhibido a la defensa en ese momento y por petición incluso de la misma, <<mas nunca se lo puso

de presente a su testigo, quien además como ya se sabe, es el único que ostenta la calidad de testigo directo de los hechos investigados>>.

Como una segunda irregularidad procedimental que el libelista califica de trascendente, menciona que tampoco se advirtió por el juzgador, ni hubo tacha de falsedad al testigo, ni impugnación de credibilidad cuando terminó su declaración, pese a haber tenido suficiente oportunidad para hacerlo, ya que decidió interrogar acerca de un documento relacionado con una interceptación telefónica, con lo cual, en opinión del demandante, se desvió totalmente del tema del interrogatorio de indiciado que pretendía como prueba.

A su modo de ver, el interrogatorio de indiciado debe ser excluido como prueba en el presente caso, máxime si la Delegada de la Fiscalía consideró que no era necesaria ni la impugnación de credibilidad, ni menos la tacha de falsedad a su testigo, haciendo uso de la declaración tomada por el investigador Adrián Ricardo Vargas Mejía, y que además permitió a su testigo relatar en forma amplia las circunstancias en que se desarrollaron los acontecimientos <<así como también pudo escuchar de su testigo ya en público y ante el Juez, la razón por la cual, había dado tan inverosímil declaración con anterioridad, con explicaciones que no le merecieron manifestación alguna de impugnación>>.

Estima que la irregularidad que dice noticiar, pudo haberse subsanado por la Fiscalía, incluso en la sesión del juicio oral llevada a cabo el 19 de abril de 2012, en el momento en que el señor Frederick Fransuá Rodríguez Molina intervino por segunda vez en el juicio como testigo de descargo.

Sostiene que ambas declaraciones, tanto de cargo como de descargo, provenientes de un mismo testigo, fueron acertadamente apreciadas por el Juzgador A quo, pero ignoradas en la motivación del fallo de condena.

Así las cosas, dice, <<nada permite legalmente imprimirle algún tipo de valor autónomo e independiente a dicho interrogatorio de indiciado, mismo que se rescata en segunda instancia, con falsa motivación respecto de su incorporación y uso>>, por lo que solicita acoger el cargo que postula, y excluir de la sentencia el interrogatorio de indiciado rendido por el señor FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA.

En el tercer reparo que de manera subsidiaria el libelista postula, y que en la demanda aparece titulado como <<segundo cargo>>, con apoyo en la causal segunda de casación propone la <<declaratoria de nulidad por violación de garantías fundamentales -desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes>>.

Sostiene al efecto que la Corte ha unificado la jurisprudencia en los casos en que la judicatura interviene oficiosamente en la actuación sin estar facultada por la Constitución o la Ley <<toda vez que la esencia del sistema adversarial, define claramente el rol que cumple el Juez, y el que por mandato a la Luz del artículo 250 de la Constitución Política de 1991, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, separando definitivamente la función de administrar justicia, de la función que corresponde al ejercicio de la acción penal como tal>> , para cuya conclusión se apoya en algunos pronunciamientos de la Sala.

En este caso, dice, el Juez Penal del Circuito a través de sendos pronunciamientos improbo los preacuerdos que la Fiscalía había celebrado con los acusados en ese entonces, señores PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO <<a quienes primigeniamente se les atribuyó su participación en los ilícitos investigados, a título de cómplices, aceptando los cargos a cambio de la rebaja de la mitad de la mínima a imponer. El primero de ellos, presentado en audiencia el día 12 de febrero de 2010 y el segundo, presentado en audiencia el día 13 de

marzo de la misma anualidad>> (sic).

Advierte que dichas determinaciones cobraron ejecutoria a través del auto proferido el 3 de marzo de 2010 por la Sala Penal del Tribunal de Manizales y agrega que <<en tal sentido, difícilmente podría dejar de apreciarse, la flagrante conculcación a la estructura del debido proceso desplegada por el actuar tanto del Juez Natural, como de su Superior Funcional; en tanto que las providencias que se reprochan, en efecto y verdaderamente, determinaron un ostensible desmejoramiento de la situación jurídica de los procesados, porque les hizo la misma más gravosa>>.

Afirma entonces que los juzgadores de instancia, al imponer su teoría del caso desde el replanteamiento de los hechos jurídicamente relevantes en la imputación tanto fáctica como jurídica, no hicieron nada diverso a ejercer el control material de la imputación en sede de acusación, y corregirla de acuerdo con su particular visión del evento histórico, en perjuicio de los procesados.

En razón de lo anterior, solicita la Corte declarar la nulidad de las decisiones proferidas los días 12 de febrero y 11 de marzo de 2010 por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, a través de los cuales se improbaron los acuerdos celebrados con la Fiscalía por PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO.

Concluye que <<en consecuencia, de acoger la declaratoria de nulidad deprecada subsidiariamente a través del presente cargo, se ordenará al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE LA DORADA, CALDAS, que se deberán aprobar los preacuerdos que en principio fueron objeto de improbación, y seguidamente proferir sentencia condenatoria contra los acusados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, ciñéndose a los términos preacordados, es decir, como responsables penalmente de las conductas punibles descritas por los artículos 104, numeral 7 y 365 del código penal, a título de cómplices, recibiendo una rebaja de la mitad de la pena de la mínima prevista por la

ley>>.

Señala que si la Corte no encuentra procedente declarar la nulidad primeramente solicitada en el capítulo tercero de la demanda, proceda a casar la sentencia, y declarar que en el presente asunto debían garantizarse los principios rectores de imparcialidad y legalidad en favor de los acusados; como consecuencia de lo anterior, absolverlos de los cargos que les fueron formulados, y; subsidiariamente, declarar la nulidad de los autos por medio de los cuales se improbaron los acuerdos celebrados con la Fiscalía, para que el Juzgado de conocimiento proceda a su aprobación y condenar a los acusados como cómplices de los delitos a ellos atribuidos.

Audiencia de sustentación.-

En la audiencia de sustentación oral del recurso extraordinario, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.- Del defensor de los acusados, señores PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO.

El profesional del derecho que defiende los intereses de los acusados, insistió en los mismos argumentos presentados en la demanda en relación con cada uno de los cargos allí formulados contra la sentencia del Tribunal, y como consecuencia de ello reiteró su solicitud de casar el fallo ameritado.

En dicho sentido anuncia que la pretensión principal de la defensa, es que a través de la Máxima Competencia se case la sentencia como consecuencia del recurso extraordinario interpuesto.

Menciona que las críticas que a continuación expone como relevantes, le dan fundamento jurídico al disenso frente al fallo de segunda instancia a través del cual se

revocó la sentencia absolutoria de primer grado, según sentido del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales-Caldas.

Así las cosas, dice, se hace ahora principal hincapié en el primer cargo de la demanda sometida a estudio de la Corte con apoyo en la causal tercera de las previstas por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, cual se hizo literalmente a partir de dos censuras: La primera se estructuró por falso juicio de legalidad de la prueba, y la segunda se apuntaló en un falso raciocinio en la apreciación de la prueba, ambas en torno a la incorporación y uso oficioso de parte del Tribunal del interrogatorio de indiciado de FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA, conocido en las diligencias con el alias de <<Chicho>>, persona que en juicio ostentó la calidad de testigo de cargo y de descargo.

Sostiene que el tema en comento ha sido desarrollado por la misma Colegiatura a través de distintas providencias, de las cuales se destacan como precedente y referencia de sustento entre otras: Casación 38773 del 27 de febrero de 2013, resaltando que para la Corte el tema no es novedoso al referir: <<La Sala lo expuso en relación a las entrevistas, exposiciones rendidas antes del juicio oral, señalando que si a través del mecanismo de impugnación de credibilidad son puestas de presente a quien las rindió en su momento el juez las puede valorar en forma conjunta>>.

Anuncia que de otro lado, en pronunciamiento proferido el 15 de abril de 2015 dentro del radicado 43670, la Corte hizo énfasis en un tema similar al postulado en el capítulo quinto de la demanda bajo estudio, en punto al uso de las entrevistas o declaraciones que se producen fuera del juicio oral sin garantía de contradicción, a efectos de la valoración por el operador judicial del testimonio que se produjo en el juicio, cuando en su desarrollo se incorporan a través del testigo de acreditación y no del deponente, de lo cual se resalta en forma concluyente que la única exigencia para su uso y fines de valoración, haciendo parte en conjunto del testimonio vertido en juicio, es

que basta con el hecho verificado, que haya sido antes descubierto y que el testigo mínimamente refrende o no a ojos y oídos del juez fallador, su firma y su huella, plasmadas en la declaración que se pretende como prueba.

Dice igualmente, que en el pronunciamiento proferido el 25 de febrero de 2015 dentro del proceso radicado con el número 45011, en relación con el tema la Sala indicó que a través del proceso de rememoración al testigo se puede usar la declaración previa al juicio con fines de enervar o descalificar el órgano de la prueba y su contenido, si ocurre. Que no se trata de un olvido del declarante sino de una retractación del testigo. En la misma providencia, según dice, <<en lo concerniente a la impugnación de la credibilidad, se afirma que su objeto es esencialmente descalificar al declarante, por razones de verosimilitud, capacidad, interés, motivo, manifestaciones, personalidad o conocimiento (...) A la parte, en este caso lo fue la Fiscalía, no le está prohibido impugnar la credibilidad de sus propios testigos>>, ello de conformidad con lo previsto por los artículos 347 y 403 del Código de Procedimiento Penal.

Menciona que bajo dichas premisas se identifican las irregularidades que en su orden se revelan de lo acontecido propiamente en el caso sujeto a estudio. La Sala Penal del Tribunal de Manizales fue más allá de lo apelado por la agencia Fiscal, lo cual se evidencia al incluir oficiosamente el interrogatorio a indiciado del señor FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA, alias <<Chicho>> rendido el 13 de enero de 2010, con miras a enervar la credibilidad de la declaración jurada del mismo, surtida en dos sesiones durante el desarrollo del juicio. Dicho interrogatorio de indiciado, aparentemente rendido por el señor RODRÍGUEZ MOLINA el 13 de enero de 2010, nunca se le puso de presente al testigo, ni siquiera para reconocer su firma y huella, lo cual es necesario e indispensable para garantizar la confrontación del mismo, circunstancia de suma relevancia, por cuanto es una exigencia minúscula que eventualmente hace viable la incorporación de la exposición del deponente previa al juicio, como parte del testimonio que sí recibió en su desarrollo con garantía de contradicción e inmediación;

carga mínima con la que la Fiscalía no cumplió en el caso de marras ni para rememorar, ni tampoco para impugnar credibilidad, tal como se refirió en el escrito de la demanda.

A juicio del recurrente, lo anterior es suficientemente relevante y trascendente para determinar uno a uno los yerros en que incurrió el Tribunal al proferir la sentencia de segunda instancia, al integrar un interrogatorio de indiciado que no se usó debidamente por la parte interesada, ya que se insiste, la Fiscalía ni siquiera cumplió con el deber mínimo de ponerle de presente el interrogatorio de indiciado a su propio testigo, ni cuando lo fue de cargo ni tampoco cuando lo fue de descargo, conforme a los preceptos señalados por los artículos 347, 393 y 403 del Código de Procedimiento Penal.

En ese orden de ideas, considera que el interrogatorio de indiciado que sirvió de fundamento para la sentencia de segunda instancia, a través de la cual se revocó la absolución que se profirió por parte del Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá, deberá ser excluido de la sentencia y en consecuencia, al valorarse el testimonio del señor FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA vertido en juicio, deberán ser absueltos los señores JAIRO ENRIQUE ACERO y PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ de los delitos de homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas.

Anuncia que en lo demás, sobre los temas no tratados en dicha intervención, la defensa se ratifica en los planteamientos incluidos en el escrito de demanda de casación.

2.- Del Fiscal Quinto Delegado ante la Corte.

Comienza por manifestar que la Fiscalía se referirá a los cuatro cargos que fueron propuestos por el recurrente contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales.

Sostiene que en el primer cargo se plantea por parte del recurrente una nulidad de la sentencia por violación al debido proceso y a la garantía fundamental de la imparcialidad.

Como sustento de este reparo, el libelista sostiene que los Magistrados que suscribieron el fallo de segunda instancia, se encontraban impedidos para decidir el fondo del asunto de conformidad con lo previsto en el numeral 6º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que mediante auto del 3 de marzo de 2010 confirmaron el dictado por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, Caldas, a través del cual se improbo el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el indiciado PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ en cuya virtud se degradó la intervención de éstos de coautores a cómplices en los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal.

Advierte que el demandante expresó que en la citada providencia, el ad quem comprometió su criterio sobre la responsabilidad penal y las pruebas que así lo indicaban al improbar el acuerdo en mención, situación que les impedía a los Magistrados del Tribunal obrar con imparcialidad al conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria de primera instancia.

El Delegado de la Fiscalía manifiesta que en relación con la causal de impedimento o recusación a que alude el demandante, tiene dicho la jurisprudencia de esta Corporación que ella sólo opera cuando se trata de una verdadera participación del funcionario dentro de la actuación, entendida como la intervención con entidad suficiente para comprometer la imparcialidad y el criterio del servidor judicial, lo cual impone evaluar en cada caso concreto cuál fue el conocimiento que del diligenciamiento tuvo aquél en el transcurso del trámite a su cargo y a la vez si con las labores adelantadas o las decisiones comprometió o emitió concepto que no garantice su imparcialidad.

Es más, agrega, se ha considerado con toda razón por esta Corporación que la decisión de un preacuerdo u otra forma anticipada de terminación del proceso en relación con uno de los sindicados no constituye automáticamente un preconcepto sobre la responsabilidad penal que pueda predicarse de otros copartícipes por lo que no es razón suficiente de afectación de las garantías de imparcialidad e independencia judicial que se materialice a

través de la institución de los impedimentos y/o de las recusaciones.

Considera que si se mira el contenido real y material del auto de marzo 3 de 2010 a que se refiere el demandante, allí consta que lo que se aceptó en el preacuerdo es que el procesado participó junto con otras personas en la persecución que se hizo aquella noche a las afueras de una discoteca, que una vez el perseguido y ahora occiso cayó al suelo, lo obligaron a subir a un vehículo procediendo posteriormente a darle muerte y a dejar su cuerpo abandonado a las orillas del río Magdalena, <<lo cierto es que -dijo el Tribunal en esa oportunidad-, tal participación en esos hechos de ninguno de los que se pruebe que se encontraban en la persecución apedreamiento y posterior muerte y abandono del cuerpo de la víctima, podrá ser llamado cómplice aun cuando no haya sido el que hubiere disparado para segar la vida de la víctima, pues como se dejó en claro en esta clase de acontecer fáctico, todos son coautores y no cómplices>>.

Señala que de otra parte, se precisó en aquella providencia por medio de la cual se resolvió la apelación de la improbación del acuerdo, que de la lectura de los hechos que fueron consignados en el acta de preacuerdo, permiten concluir que tal narración es la descripción de un actuar mancomunado, que es el reflejo de la figura conocida como coautoría impropia, y de aceptar el señor TELLO RAMÍREZ, uno de los aquí procesados, su participación en los mismos, mal haría en llamársele cómplice, cuando lo cierto es que la narración de los hechos y una lectura de los mismos, da cuenta de una coautoría y no de complicidad.

Como se comprueba, dice, de lo consignado en la providencia en cuestión, en ella los magistrados que la suscribieron hicieron un simple resumen del acontecimiento de contenido objetivo de los hechos materia de investigación plasmados en el preacuerdo, pero ninguna referencia o consideración expusieron en torno a la responsabilidad penal de los aquí procesados, como tampoco en relación con los elementos materiales probatorios o evidencia hasta ese entonces acopiada o que eventualmente se llegare a acopiar.

Sostiene que si el Tribunal no realizó pronunciamientos anticipados acerca de aspectos sustanciales que constituyeran auténticos actos de prejuzgamiento, que implicaran compromiso indiscutible de su criterio y afectaran su imparcialidad para resolver el futuro proceso que se adelantó bajo los cauces del procedimiento ordinario contra los aquí procesados, el reparo carece de demostración.

Indica que al margen de lo anterior ha de decirse que si la defensa de los aquí acusados consideraba que el Tribunal carecía de la imparcialidad e independencia para conocer del recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia de primer grado, ha debido recusar a los integrantes de aquella Corporación, lo cual no hizo, mostrando con ello conformidad con las garantías fundamentales que hoy reclama conculcadas y que al decir de lo antes considerado, no se vulneraron.

En relación con el segundo cargo, advierte que éste se enuncia como un falso juicio de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se fundó la sentencia. Recuerda que según el demandante, el interrogatorio del indiciado FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA, tomado el 13 de enero de 2010, fue introducido indebidamente a través del testimonio del investigador de la Sijin Adrián Ricardo Vargas Mejía, que dicho documento fue la prueba que se tuvo en cuenta para valorar el testimonio del declarante y producto de dicho análisis se fundó la sentencia revocatoria de absolución proferida en primera instancia.

El Fiscal Delegado estima que la actuación procesal demuestra que el testimonio de RODRÍGUEZ MEDINA fue pedido tanto por la Fiscalía como por la defensa en cuyo acopio el interrogatorio que aquél rindió en la fecha antes indicada, fue utilizado para refrescar su memoria y para la impugnación de su credibilidad, esto es, con las finalidades previstas en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004.

Sostiene que el censor anunció que el interrogatorio en cuestión fue incorporado sin

la observancia de los requisitos contemplados por la ley, pero sin aducir cuál o cuáles fueron esas exigencias legales desatendidas en su acopio, por qué se debió excluir al valorar el testimonio de RODRÍGUEZ MOLINA, prueba que fue practicada en el juicio con la intervención de las partes y estimada por el Tribunal, no como único medio de sustento del fallo impugnado como lo afirma el demandante, sino aunado a las declaraciones de Claudia Patricia Belmonte, Humberto Castillo Beltrán y José Orlando Hoyos, al igual que las inferencias indiciarias de distinta índole que se hicieron, pruebas que ningún reparo le merecieron al recurrente y que ha debido acometer para efectos de demostrar la trascendencia del reproche formulado.

Señala que en el cargo tercero se anuncia como un falso juicio de apreciación de la prueba testimonial de FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA. En este reparo, dice, pese a que el demandante en algunos apartes del libelo alude a la apreciación y en otros a la valoración de la declaración de RODRÍGUEZ MOLINA, nada dijo y mucho menos demostró sobre cuál o cuáles fueron los desaciertos del Tribunal en la valoración del testimonio de acuerdo con los lineamientos que para el análisis de esta clase de medio prevé el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

Indica que el censor sin acometer el estudio sobre el posible error de hecho por falso raciocinio que sería el insinuado, vuelve sobre la irregularidad en el acopio del interrogatorio de FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ MOLINA pasando por alto que el Tribunal valoró el testimonio rendido en el juicio por tal persona, y que para afectar su credibilidad en la nueva postura, en la cual libraba de compromiso a los demás coautores para de esta manera asumir como propia y única su responsabilidad en las conductas punibles investigadas, arreció las divergencias con lo plasmado en otro escenario pero en todo caso junto con las demás pruebas allegadas al proceso, llegó a la conclusión de certeza sobre la coautoría y responsabilidad de los aquí procesados en los delitos investigados sin que tal valoración fuera objeto de descrédito por parte del demandante.

Refiere que en el cuarto cargo se anuncia la declaración de nulidad por violación de garantías fundamentales, desconocimiento de debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de las garantías debidas a las partes. Recuerda que en este reparo el libelista afirmó que los jueces de instancia se equivocaron al ejercer control material sobre el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y los procesados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, acto en el cual se les atribuyó la realización de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas, ya no a título de coautores sino de cómplices y, además, se propuso una rebaja de la pena y que el mínimo de ésta fuera a imponerse en la sentencia.

Según el Fiscal Delegado, en relación con el control del juez a la aceptación de la imputación, de los cargos o el preacuerdo, tiene dicho la jurisprudencia de esta Corporación que tales actos son vinculantes para la Fiscalía, el imputado y el juez, este último 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 desconozca garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular o improbar el respectivo acto procesal, para que el proceso retorne a los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado o dentro de los cauces del ordinario.

Indica que en similar derrotero la jurisprudencia ha considerado que el avance hacia una justicia más ágil y eficaz, no comporta el sacrificio de derechos y garantías fundamentales, pues el eficientismo no puede conllevar a una mayor injusticia social. En ese contexto, dice, todo acuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado debe ser sometido a un tamiz crítico, que impone la constatación de que tales acuerdos no desconozcan los fines constitucionales del proceso como garantía de una tutela judicial efectiva de los derechos y la prevalencia de la justicia material (Artículo 351, inciso 4º, de la Ley 906 de 2004).

Sostiene que la jurisprudencia también ha expresado en reciente fallo, que el juez de conocimiento está obligado a aceptar el preacuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que éste desconozca o quebrante garantías fundamentales. Acerca de esta última circunstancia, dice la Corte, 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 asunto, el Fiscal Delegado recuerda que los jueces de instancia improbaron el acuerdo suscrito entre la Fiscalía y los procesados, en virtud del cual se degradó la participación de éstos de coautores de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal a cómplices, a más de una rebaja de pena de la mitad del mínimo de la sanción, al considerar que si los hechos plasmados en los actos de preacuerdo indicaban un actuar mancomunado de los indiciados en la consecución del fin común y del aporte objetivo que se concretó en el resultado muerte de la víctima en un delito suyo y no de otro, ello estructuraba la figura de la coautoría impropia, de manera que su participación en los sucesos investigados mal haría en llamarse cómplices.

Manifiesta que en ese cometido se tuvo como horizonte, de acuerdo con la doctrina de esta Corporación, que en este tipo de transacciones no se pueden socavar las estructuras básicas del proceso, tampoco los principios de legalidad de los delitos y las penas, y si, como ocurrió en este asunto, la intervención de los indiciados no se corresponde con el acontecer fáctico motivo de preacuerdo, el juez estaba en la obligación de improbar lo acordado con el objeto de que no se transgredieran postulados basales que guían la actuación y enmarcan los derroteros de la administración de justicia.

Es más, a su modo de ver no se trató aquí que el preacuerdo implicara que a pesar de

reconocer la coautoría que surgía de la narración de los hechos investigados, la negociación llevara a que se aplicara la pena para el cómplice, sino que en contravía de los presupuestos fácticos y de la imputación inicial a título de coautores, se modificó a la de cómplices a cambio, además, del 50% de la rebaja de la pena y siempre y cuando se partiera del mínimo de la sanción.

Si lo anterior es así, dice, no requirieron los jueces de instancia de valoraciones de carácter subjetivo, arbitrarias o de complejos ejercicios probatorios para improbar un acuerdo alejado de los aspectos medulares de la imputación fáctica, luego ninguna trasgresión se advierte en las garantías fundamentales a que alude el censor.

Por todo lo anterior, la Fiscalía solicita no casar el fallo impugnado.

3.- De la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal.

En uso de la palabra manifiesta que la intervención del Ministerio Público se hace exclusivamente en aras de defender el orden jurídico y las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

Advierte que varios son los problemas que se deben dilucidar en aras de dar respuesta a los cargos propuestos en la demanda de casación a saber: (i) si se violó la estructura del proceso y afectó la imparcialidad del juez, cuando la Sala del Tribunal que decide en segunda instancia sobre la improbación del preacuerdo, luego asume el conocimiento de la apelación de la sentencia proferida en el juicio oral; (ii) si existió error alguno en la aducción de la prueba y en la referida de manera particular, al interrogatorio rendido por FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ que se plantea en los cargos dos y tres, y que la Procuraduría dejará para estudio en último momento pues analizará primero los otros dos cargos y; (iii) si se violó la estructura del proceso al improbar los preacuerdos; nulidad o violación de la estructura que conduciría a la nulidad del juicio adelantado.

En primer lugar precisa que cuando se presentó el preacuerdo para la aprobación por el juez y luego la apelación de esta decisión ante la Sala Penal del Tribunal, se había hecho una primera imputación por la Fiscalía en contra de los ciudadanos PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO como cómplices tanto del homicidio agravado como del porte ilegal de armas. Así se desprende de lo escuchado a partir del récord 7.10 de la audiencia inicial de imputación. Lo que quiere decir que en virtud de la improbación del preacuerdo por parte del Juez y en segunda instancia del Tribunal, la Fiscalía debió realizar una segunda audiencia para adicionar la imputación inicial y cambiar su teoría y presentación del caso que inicialmente era de complicidad y adecuarla al rango del coautor como se lo exigieran Juez y Tribunal al improbar los preacuerdos.

Ello implica que en torno al primer problema planteado, el Ministerio Público considera que efectivamente existió una grave violación de estructura por vía de la afectación de la necesaria garantía de la imparcialidad judicial. Se remite al efecto al antecedente jurisprudencial sentado por la Corte en la sentencia del 16 de julio de 2014 dentro del radicado 40871, como quiera que considera existe entre ambos casos, el que ahora ocupa su atención y el de la sentencia, una analogía estricta.

Sostiene que efectivamente cuando la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, confirmó el auto del Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, Caldas, reiterando que de la información legalmente obtenida surgía que la forma de participación de los acusados era la coautoría y no la complicidad, anticipó en la práctica la sentencia que habría de proferirse en el juicio, lo que implica un compromiso de fondo de su imparcialidad. Estima que el Tribunal no se limitó simplemente a realizar una adecuación de la narración de los hechos, sino que modificó la imputación hecha inicialmente por la Fiscalía y la forma en que se realizó el preacuerdo.

Anota que esa misma Sala del Tribunal admitió el impedimento expresado por el Juez del Circuito de La Dorada para adelantar el juicio que resultó como fruto de la nueva

imputación y de la acusación que fuera forzada por la judicatura al improbar los preacuerdos, pero no se declaró luego impedida para conocer de la apelación de la sentencia, cuando iguales criterios debió aplicar, pues si consideró que estaba impedido el Juez que había improbado el preacuerdo la Sala que había confirmado tal decisión, haciendo además las exigencias de readecuación típica de la conducta, resultaba efectivamente impedida.

Su concepto sobre la responsabilidad de los acusados y el grado de participación en la conducta que la llevó a confirmar la decisión de improbación del preacuerdo, implicaban efectivamente un compromiso en su independencia, requisito que es indispensable para la transparencia de las decisiones y por ello, es que el celo del legislador es tan alto, en poner de relieve las causales de impedimento.

En criterio del Ministerio Público, este cargo está llamado a prosperar.

El cuarto cargo, que dice asumir en este momento por estar directamente relacionado, dejando los cargos dos y tres para el final, hace referencia a la nulidad de la no aprobación de los preacuerdos.

Señala al efecto que el auto que improbó el preacuerdo no es el que dirime de fondo el asunto, y en principio no sería susceptible de demanda de nulidad en casación, pues frente a lo que dicho auto resuelve, pueden ejercerse en el juicio tanto los derechos de contradicción como los de defensa. Considera que esta discusión por tanto, sobre si la aprobación del preacuerdo agotado incluso en sede de apelación, resulta superada por el carácter preclusivo de las etapas procesales. Estima, sin embargo, que cuando esa improbación de los preacuerdos viola la estructura del proceso y se obliga a la realización de un juicio que resulta del cambio de la tipificación efectuada por la Fiscalía para sacar adelante la teoría del caso del Tribunal y del Juez, el problema debe ser revisado en sede de casación.

En torno al problema de si el juez puede inmiscuirse en la tipicidad de la conducta efectuada por la Fiscalía cuando ésta no fue objeto del preacuerdo, es decir, cuando no se modificó la imputación por efecto de la negociación pues se mantiene la imputación inicial como sucedió en el presente caso en el cual en el preacuerdo se mantuvo la imputación de complicidad, es preciso recordar lo ya decantado por la jurisprudencia nacional, en el sentido de que el ejercicio de la acción penal tiene como titular a la Fiscalía y en tal calidad la acusación es un acto de parte frente al cual la innecesaria intromisión del juez para controlar la estricta tipicidad de la misma resulta violatoria del principio de imparcialidad.

Considera que no es al juez al que compete, con base en los elementos de conocimiento - que no pruebas hasta ese momento- descubiertos por el ente acusador, determinar si éste tiene o no suficiente caudal para probar alguna de las circunstancias de la conducta punible. Aclara que esta imparcialidad ha de mantenerse en la formulación de cargos, mediante acusación directa o mediante la aceptación de cargos negociada, producto de un preacuerdo.

Si bien es cierto, dice, en el proceso de aprobación de un preacuerdo el juez no es un simple verificador de la libertad del consentimiento, sino que su labor es mucho más amplia, con la posibilidad de comprobar que no se violen principios fundamentales y garantías procesales, tales como el debido proceso y la estricta tipicidad. Anota que así como al fiscal no le es absolutamente libre la tipificación de la conducta a su antojo, al juez tampoco le es dable cambiar la teoría del caso de la Fiscalía.

Sostiene que el control al que aquí aluden tanto el legislador como la jurisprudencia, ha de entenderse en lo que a la coincidencia de los hechos imputados con el tipo penal que le corresponda. A saber, dice, no puede el Fiscal hacer de un homicidio unas lesiones personales o de un hurto una estafa, pues el núcleo básico de la imputación fáctica ha de coincidir con la imputación jurídica. Añade que tampoco puede el fiscal crear penas o

extremos de éstas no previstos por el legislador para la tipificación seleccionada, aspectos éstos a los cuales debe concretarse la verificación del Juez.

Precisa que cuando el juez o el Tribunal, apartándose del rol que le es propio en el sistema adversarial, se inmiscuye en la pretensión punitiva de la Fiscalía, de paso obstaculizando la terminación anticipada del proceso por sacar adelante su propia teoría del caso, viola la estructura del proceso, quebranta la garantía de imparcialidad y desprestigia a la administración de justicia, lo que obliga a retrotraer el proceso hasta la instancia de los preacuerdos improbados.

Anota que en el presente caso el demandante deprecia que la Corte le ordene al Juzgado Penal del Circuito de La Dorada aprobar el preacuerdo suscrito por los señores PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, firmado con fundamento en la imputación inicialmente efectuada de complicidad en el homicidio agravado y el porte ilegal de armas, concediéndose la rebaja de la mitad de la pena mínima prevista por la ley.

No obstante, la Delegada del Ministerio Público estima que la Corte puede válidamente proferir la sentencia de reemplazo con fundamento en los preacuerdos firmados con los procesados, dado que el principio de residualidad que revisten las nulidades hace que ellas no sean viables cuando existe otra forma de remediar el problema de manera más eficaz.

En esa medida, dice, en torno a este cargo el Ministerio Público considera que efectivamente se violentó la estructura del proceso por parte del Juez de La Dorada y por parte del Tribunal, al improbar el preacuerdo suscrito sobre la base de la imputación inicial, y forzar a la Fiscalía, no sólo a no presentar el preacuerdo ni acusar sobre la complicidad imputada, sino a efectuar una imputación complementaria de coautoría y por esa vía ir a un juicio por coautoría y no por complicidad. Pero la Procuradora Delegada

estima asimismo que no se hace necesario anular el juicio y forzar al juez de La Dorada a proferir sentencia con base en el preacuerdo, pues la Corte se halla facultada para dictar la sentencia de reemplazo.

En relación con los cargos dos y tres, referidos a los errores de legalidad en la aducción y valoración de la declaración de interrogatorio del indiciado FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ, manifiesta que en su criterio tales reparos resultan intrascendentes, máxime si es el propio casacionista quien depreca la validez de los preacuerdos para la condena de los procesados, cuya decisión no requiere del material aducido en la vista pública en virtud a la nulidad que se generaría por el desequilibrio de la estructura causada por el cambio de imputación forzada por la judicatura. En estricto sentido, advierte, la totalidad del juicio quedaría sin efecto, si resulta acogido dicho planteamiento, como quiera que la Fiscalía se vio forzada a una imputación adicional en decantamiento de la teoría del caso de la judicatura.

Asimismo dice, resulta intrascendente el cargo como quiera que la única prueba que soporta la responsabilidad de los procesados no es esta declaración, en cuyo evento, si se supusiera que hay que mantener la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal, ésta se soportaría en otros elementos.

Pero haciendo eco de lo expresado por la Fiscalía frente a este cargo, el Ministerio Público encuentra que efectivamente la declaración del ciudadano FREDERICK FRANSUÁ RODRÍGUEZ fue solicitada por las partes en el momento oportuno, decretada en la audiencia preparatoria, descubiertas las entrevistas para la defensa y las declaraciones o interrogatorios de imputado que se le efectuaron a este ciudadano, de manera que no eran desconocidas, por lo cual las mismas podían ser utilizadas como efectivamente lo fueron en la audiencia de juicio oral para refrescar memoria o como se hizo particularmente en este caso, para impugnar por la misma Fiscalía la credibilidad de su testigo de cargos.

Considera que si bien la Fiscalía no le entregó el documento al testigo para que leyera de viva voz lo expresado en el acta, sino que fue el Fiscal el que procedió a dar lectura de la parte pertinente de la declaración para sobre ello interrogar al testigo, no se convierte esto en un error en la forma de aducción de la prueba, pues debe recordarse que para la valoración de la misma, conforme se ha dicho en reiteradas oportunidades por la Corte, se establece un diálogo entre la versión que el testigo da en la audiencia de juicio oral y sus deponencias anteriores, de manera que la valoración de las mismas depende del nivel suasorio que el Juez otorgue a cada una de las versiones ofrecidas por el testigo en este caso concreto.

Estos dos cargos, en criterio del Ministerio Público, no están llamados a prosperar como quiera que encuentra que ese interrogatorio no fue antitécnicamente aducido al juicio ni tampoco antitécnicamente valorado por la judicatura. Considera que se trató simplemente de una disparidad de criterios en la forma de valoración de la prueba, por parte del demandante frente a la valoración de la prueba dada por el Tribunal.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto el Ministerio Público considera que sólo han de prosperar los cargos uno y cuatro, por lo cuales depreca de la Sala casar parcialmente la sentencia demandada y así proceder a proferir la de reemplazo, aprobando los preacuerdos y dosificando la pena de la manera correspondiente.

SE CONSIDERA:

1.- Por razón del orden lógico que a la casación impone el principio de prevalencia de las causales, la Corte, conforme lo hizo con ponderado criterio la Procuradora Delegada en su intervención en la audiencia de sustentación, aprehenderá primero el estudio de los reproches formulados por el casacionista contra la sentencia de segunda instancia adoptada por el Tribunal, en los que denuncia violaciones al debido proceso y a la garantía fundamental de la imparcialidad del juzgador, generando con ello la

ineficacia del juicio y de los fallos proferidos a la culminación de éste y, posteriormente, de ser el caso, abordará la queja por el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia de condena, pues en principio no tendría sentido analizar este tema de llegarse a establecer que la totalidad del juicio oral aparece viciada de nulidad.

2.- Como se recuerda en el resumen que se hizo del libelo, las irregularidades que dieron lugar a la transgresión noticiada en la demanda, se hicieron consistir por el casacionista en el hecho de haber improbadamente funcionario de conocimiento los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y los indiciados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO y, además, en no haberse declarado impedidos los Magistrados del Tribunal de Segunda Instancia para conocer de la apelación del fallo absolutorio de primer grado interpuesta por la Fiscalía, pese a haber intervenido en la confirmación de la decisión improbativa de los acuerdos adoptada por el A quo e impugnada en apelación por la defensa, con lo cual emitieron juicios de valor sobre los hechos y la responsabilidad de los imputados, que comprometieron severamente su imparcialidad.

3.- Sobre dicho particular, cabe advertir, como con acierto es puesto de presente por la Fiscalía y el Ministerio Público, que en cuanto tiene que ver con la causal segunda de casación, por <<desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes>>, cuya configuración inexorablemente daría lugar a declarar la nulidad de lo actuado o de parte del trámite procesal, la Sala (CSJ AP, 9 Jun 2008, Rad. 29092) tiene precisado que los motivos de inejecución de los actos procesales -a que se alude en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004-, se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley

(taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en si mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

De manera que en sede de casación, no basta con solamente invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que compete al demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado.

Tampoco puede olvidarse que si lo que se persigue con la casación es denunciar la presencia de varias irregularidades, cada una de ellas con entidad suficiente para invalidar la actuación o parte de ella, resulta indispensable que se sustenten en capítulos separados y de manera subsidiaria si fueren excluyentes, pues sólo así puede acatarse la exigencia de claridad y precisión en la postulación del ataque y respetarse los principios de autonomía y de no contradicción de los cargos en sede extraordinaria.

4.- Asimismo la Corte -CSJ AP 5 Dic. 2002, Rad. 18683- ha indicado que el artículo 29 de la Carta Política, en lo atinente a la garantía fundamental del debido proceso, señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la <<plenitud de las formas propias de cada juicio>>. La Constitución igualmente se refiere a otros principios que complementan esta garantía, tales como el de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la asistencia profesional de un abogado, la publicidad del juicio, la celeridad del proceso sin dilaciones injustificadas, la aducción de pruebas en su favor y la posibilidad de controversia de las que se alleguen en contra del procesado, el derecho de impugnación de la sentencia de condena -salvo que se trate de casos de única instancia-, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho así se le dé una denominación jurídica distinta.

También ha señalado que el concepto de debido proceso se integra por el de <<las formas propias de cada juicio>>, esto es por el conjunto de reglas y preceptos que le otorgan autonomía a cada clase de proceso y permiten diferenciarlo de los demás establecidos en la ley.

De este modo, dentro de la categoría de formas propias de cada juicio, la ley procesal ha previsto al menos dos tipos específicos de proceso: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, acusación, juicio oral, sentencia y ejecución; y el otro, de índole abreviada, fundado en la renuncia voluntaria, debidamente informada y con asistencia de un defensor, por parte del imputado o acusado, al derecho de no autoincriminarse y al de tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pudiera, personalmente o por conducto de su defensor, hacer comparecer e interrogar a los testigos y peritos de cargo y de descargo,

con la finalidad de aceptar su responsabilidad penal en la conducta delictiva a él imputada a cambio de una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria del juicio oral.

5.- Asimismo plausible resulta destacar que dentro de la categoría del trámite abreviado, la ley de procedimiento penal tiene previstas dos formas de terminación anticipada del proceso: una a partir de la simple y llana aceptación de los cargos imputados, y la otra, derivada de la celebración de preacuerdos con la Fiscalía, cada una de las cuales trae aparejada no solamente sus propias particularidades de realización, sino, asimismo, específicas consecuencias en la determinación de la punibilidad.

Cabe denotar que corresponde en todo caso, al funcionario judicial, de garantías o de conocimiento, según la fase procesal en que el allanamiento o el acuerdo se presenten, no sólo verificar que la aceptación de responsabilidad penal se hubiere llevado de manera libre, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de un defensor, sino que tampoco se presente la violación de garantías fundamentales, pues en tales eventos, la jurisprudencia de la Corte ha entendido que la intervención del juez no se limita a la verificación de aspectos formales con miras al proferimiento de un fallo de condena, sino que su función también implica la posibilidad de improbar aquellas manifestaciones de culpabilidad que conlleven o sean resultado de la transgresión de derechos y garantías fundamentales del procesado.

6.- Al respecto, pertinente se ofrece recordar que en cuanto hace al origen y fuerza vinculante de los preacuerdos entre fiscalía y defensa, la Corte -SP 12 Sep 2007, Rad. 22759-, indicó que:

No existe previsión legislativa con carácter de mandato -imposición- al juez para que apruebe o impruebe los preacuerdos “en su totalidad”; al contrario, lo que la ley dice es que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento salvo que ellos

desconozcan o quebranten garantías fundamentales (Art. 351 inciso cuarto).

Los preacuerdos y negociaciones en materia penal no tienen la misma fuente civilista en la que el comprador adquiere ciertos bienes que acceden la cosa principal objeto del contrato⁴⁴. Cuando el juez del conocimiento (individual o colectivo), que por antonomasia es juez de garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la Ley, así debe declararlo, como debe declarar al mismo tiempo qué parte del preacuerdo obedece la ley, en esencia porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho.

Uno de los principios que orientan las nulidades es precisamente la “instrumentalidad de las formas”, en virtud del cual no se declarará la invalidez del acto cuando cumple la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (Cfr. Artículo 310 num. 1 de la Ley 600 de 2000). Este principio es aplicable en el sistema acusatorio sencillamente porque se trata de un precepto de carácter axiológico.

En síntesis: la aprobación parcial de los preacuerdos es legítima tanto como anular parcialmente los preacuerdos y negociaciones en lo que no se ajusten a la legalidad.

La contracara del asunto: es posible que el acusado acepte parcialmente los cargos; puede hacer declaraciones de culpabilidad mixtas (artículos 353, 367), en esos casos, los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos “...para efectos de lo aceptado”, caso en el cual el decremento punitivo afecta sólo los cargos aceptados.

La Sala encuentra correcta la aprobación parcial de preacuerdos porque en los temas válidamente consensuados se elimina la controversia, porque es una garantía fundamental -inter partes- el derecho al proceso sin dilaciones injustificadas. Lo pertinente en tales eventos es la ruptura de la unidad procesal (artículo 53 - 2 del C. de

P.P.) y la tasación de la pena por las conductas válidamente consensuadas.

Entre tanto, cuando el juez del conocimiento –que es constitucional por excelencia– advierta un error de legalidad, de garantía o de estructura en el proceso del sistema penal colombiano, lo procedente es –y sigue siéndolo– que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad –total o parcial– del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error in procedendo.

Todo ello en favor de preacuerdos o negociaciones con observancia de los presupuestos de legalidad y de constitucionalidad.

(...)

1.6.8. Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.

Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia (los términos de la imputación), y cuál es el precio de lo que se negocia (el decremento punitivo).

Por ello, a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a negociar los términos de la imputación:

Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a preacordar las

exclusiones en la imputación porque ya pueden tener idea clara –uno y otro- de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.

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- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.

Todo ello dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.

El parámetro de la negociación de los términos de la imputación no es la impunidad; el referente del fiscal y de la defensa es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.

7.- Posteriormente, siguiendo esta misma línea de pensamiento, esta Corporación SP 27 Oct 2008, Rad. 29979 dejó sentado lo siguiente:

2.1. En el sistema de derecho procesal de los Estados Unidos de Norteamérica, las manifestaciones de culpabilidad por parte del acusado (conocidas coloquialmente como plea of guilty) eran acogidas por los funcionarios judiciales, en un principio, sin obligación ni contraprestación formal alguna, aunque éstas solían darse en el entendido de que, por tradición, la pena para quien se sometía a la clemencia del juez o del tribunal podía ser sustancialmente más beneficiosa en comparación a la que se le aplicaba a quien era vencido en juicio y declarado culpable por un jurado.

Así lo reconocía la Corte Suprema del Estado de Wisconsin en 1966:

“Es de notoriedad pública que existe una práctica ampliamente difundida en las jurisdicciones americanas de aceptar las pleas of guilty y de imponer penas más leves que las generalmente señaladas para la misma infracción después del juicio”⁴⁵.

Lo anterior, sin embargo, no significaba que en todos y cada uno de los casos los jueces trataran con mayor benevolencia a quien se declarara penalmente responsable y renunciara a los derechos de no incriminarse y de ser juzgado por un jurado, pues no faltaban los funcionarios que en atención a la justicia material del caso concreto, o por su particular postura política criminal acerca del delito cometido, imponían a los culpables confesos sanciones ejemplares, a pesar de que la parte acusadora hubiese recomendado una pena más benigna por el hecho de haberse acogido a los cargos.

De ahí que, cuando la manifestación de culpabilidad era el fruto de una negociación previa con el representante del órgano acusador (figura conocida como plea bargaining), el acusado no tenía la plena garantía de que las rebajas o beneficios prometidos por el Fiscal llegasen a ser reconocidos por el juez o tribunal llamado a proferir la decisión de fondo.

Dichas declaraciones negociadas de responsabilidad, aunque habían comenzado a practicarse desde comienzos del siglo pasado, no eran consignadas en actas ni comunicadas al funcionario judicial sino que, por el contrario, se practicaban de manera subrepticia y por fuera del procedimiento formal, pues desde un principio la opinión dominante las consideró inconstitucionales, ante la posibilidad de constituir una forma de coartar la voluntad:

“Aun cuando se produjeran transacciones en la mayor parte de las prosecutions, el fenómeno debía permanecer oficialmente oculto porque la admisión de culpabilidad

provocada por presiones o promesas del prosecutor podía constituir causa de nulidad del procedimiento”⁴⁶.

Tal situación cambió a partir de 1971, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Santobello vs. Nueva York*, reconoció la figura de las manifestaciones de culpabilidad pactadas entre la acusación y la defensa como un componente esencial del debido proceso. En palabras de dicha corporación:

“La definición de los procesos penales mediante un acuerdo entre el Fiscal y el acusado, procedimiento que a veces viene sintéticamente indicado con la expresión *plea bargaining*, representa un componente esencial de la administración de justicia. Correctamente administrada, la negociación debe ser alentada. Si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal [full-scale trial], los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de jueces y los medios de los tribunales.

“La disposición sobre los cargos tras las *plea discussions* no es sólo una parte esencial del proceso, sino que representa, además, un mecanismo altamente deseable por múltiples razones. Conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debidos a la forzosa ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio [*pretrial release*]; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante el *pretrial release*; y, abreviando los plazos que discurren entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario”⁴⁷.

En la actualidad, la obligatoriedad de los términos materia de acuerdo para los jueces estadounidenses es en la práctica casi que absoluta, pues su actuación no va más allá

de verificar que la aceptación de los términos de negociación sea libre, consciente y voluntaria por parte del procesado, y de ahí que en la doctrina se haya criticado que su papel en ese sentido es más administrativo que judicial:

“Hoy la negociación, una vez concluida, es comunicada al juez y se hace mención de ella en el acta del proceso, pero el juicio recuerda de algún modo la documentación o protocolización de un acto ante Notario: el fiscal y el defensor se presentan ante el juez, quien les pregunta si han llegado o no a un acuerdo; en caso de respuesta afirmativa, el magistrado comprueba la existencia de algunas condiciones de validez del mismo (p. ej., se asegura de que el acusado haya comprendido bien las consecuencias de su admisión de culpabilidad y los derechos a los que renuncia). Tras ello, el acuerdo recibe –generalmente– la ratificación del juez”⁴⁸.

Adicionalmente, en la mayor parte de los Estados, la intervención del juez en las negociaciones está prohibida de manera expresa, tal como lo contempla el inciso final del artículo 11 literal e) numeral 1 de las Reglas Federales sobre el Enjuiciamiento Criminal. Tan solo Carolina del Norte permite una participación activa del funcionario en las discusiones y, sin embargo, el Tribunal Supremo de dicho Estado ha sido enfático en precisar que ésta de ningún modo puede incidir en la voluntad del acusado o en el juicio oral que a la postre se lleve a cabo:

“[...] la North Carolina Supreme Court ha establecido dos principios fundamentales: en primer lugar, el imputado inducido a declararse culpable por las presiones ejercidas sobre él por el juez puede impugnar la condena alegando la no espontaneidad de la declaración; en segundo término, el imputado que se declara inocente y persiste en exigir el jury trial no puede, sólo por eso, ser castigado o sufrir tratamientos vejatorios”⁴⁹.

2.2. Ahora bien, el principal reparo que, desde la doctrina (y en particular desde la

teoría del garantismo penal), se le ha hecho al sistema de justicia consensuada estadounidense radica en el hecho de que la ausencia total de un control distinto a la verificación de la aquiescencia del imputado riñe con uno de los fundamentos democráticos de la legitimación del poder judicial, consistente en la función de averiguar la verdad procesal conforme a las garantías del debido proceso:

“Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales sobre la que se basa [...] la ‘democracia sustancial’ [...]

”[...] Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas [...], ningún consenso –ni el de la mayoría, ni el del imputado– puede valer como criterio de formación de la prueba”⁵⁰.

Así mismo, se ha señalado que el acuerdo sin ningún control de tipo jurídico tiende más a reflejar el criterio que haya logrado imponer una de las partes que la verdad real de lo acontecido:

“Como lo enseña la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica. Por tanto, los acuerdos transforman al proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos”⁵¹.

En este orden de ideas, ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto

de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.

3. Del control que ejerce el juez de conocimiento en materia de preacuerdos y el principio de estricta jurisdiccionalidad

3.1. Con base en lo analizado en precedencia, el traslado al sistema procesal colombiano de la figura de los preacuerdos y negociaciones, que es propia del derecho estadounidense, no puede desligarse de la sujeción irrestricta a criterios y valores del Estado Social de Derecho, sin perjuicio de que la manifestación de responsabilidad penal por parte del imputado implique de por sí la renuncia a derechos fundamentales como el de no inculparse y el de tener un juicio con todas las garantías judiciales, tal como está consagrado en los literales b), k) y l) del artículo 8 de la ley 906 de 2004:

“Artículo 8-. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

”[...]

”b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

”[...]

"k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

"l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k), siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor".

Acerca de la renuncia a tales derechos para efectos de adelantar negociaciones con la parte Fiscal, la Corte Constitucional fue enfática al destacar en la sentencia C-1260 de 2005 que ello no vulnera la Carta Política, en la medida en que la voluntad libre, consciente e informada del imputado, quien siempre deberá estar asesorado por su defensor, sea constatada por el funcionario de conocimiento mediante un interrogatorio y con la presencia del Ministerio Público.

Así mismo, el máximo tribunal en sede de control constitucional consideró ajustado a la norma superior que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante para el juez cuando no vulneren las garantías fundamentales, de manera que, si éste advierte cualquier menoscabo en tal sentido, rechazará la manifestación de culpabilidad del imputado⁵². Esto último, con fundamento en una interpretación armónica y sistemática del inciso 4º del artículo 351 y del inciso 2º del artículo 368 de la ley 906 de 2004, que señalan lo siguiente:

"Artículo 351-. Modalidades. [...]

"[...]

"Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

"Artículo 368-. Condiciones de validez de la manifestación.

[...]

"[...]

"De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad".

Adicionalmente, la Corte Constitucional, en la referida providencia, reiteró la doctrina plasmada en el fallo C-425 de 1996 para el trámite de la figura de la sentencia anticipada, en el sentido de que el juez de conocimiento deberá rechazar toda manifestación de culpabilidad frente a cualquier error fáctico o jurídico que implique menoscabo a los derechos y garantías fundamentales, tal como se hacía en el anterior sistema procesal penal:

"[...] es el juez del conocimiento quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales del procesado, mediante un control de legalidad de la actuación, el que cubre no sólo los aspectos formales o procedimentales sino también los sustanciales o de fondo.

"[...]

"[...] En consecuencia, resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente

respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso”⁵³.

Este criterio acerca del control sustancial que ejerce el juez ya había sido aludido por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 para el sistema de procedimiento penal consagrado en la ley 906 de 2004:

“[...] la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, [...] ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”⁵⁴.

También fue ratificado de manera más reciente en el fallo C-516 de 2007, cuando dicho tribunal sostuvo que el control que ejerce el funcionario de conocimiento es de carácter eminentemente judicial:

“El control sobre los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado o imputado es judicial, debe ser ejercido por el juez de conocimiento, quien verificará si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales. Sólo recibirán aprobación y serán vinculantes para el juez de conocimiento cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación (arts. 350 inciso 1° y 351 inciso 4° y 5°).

“El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por

los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)”⁵⁵.

3.2. Ahora bien, respecto de los controles que en particular debe efectuar el funcionario de conocimiento dentro de la verificación de la legalidad del preacuerdo (además de la concurrencia de evidencia mínima suficiente para llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la participación y responsabilidad del procesado en los hechos materia de imputación, según lo establecen el inciso final del artículo 32756 y el inciso 1º del artículo 38157 de la ley 906 de 2004), tanto la jurisprudencia constitucional como la de la Sala se han referido a la debida consonancia que debe haber entre la situación fáctica atribuida por la Fiscalía y la calificación jurídica que de la misma este organismo plasme en el escrito correspondiente.

En efecto, por un lado, la Corte Constitucional, al analizar a la luz de la Carta Política el numeral 2 del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, llegó a la conclusión de que al Fiscal no le está permitido imputar la acción realizada por el procesado de modo que desconozca, desborde o no abarque en estricta correlación todos los aspectos que integran la conducta fáctica achacada:

“[...] 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, aun 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.

“La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que 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”⁵⁸.

Por otro lado, la Sala, a partir del fallo de fecha 19 de octubre de 2006⁵⁹, ha sostenido una línea jurisprudencial según la cual, tanto en materia de allanamientos como de preacuerdos y negociaciones, el respectivo funcionario judicial deberá verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos:

“El descuido [...] también debe ser cargado a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples

observadores. Equivocadamente, algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6 y 351 inciso 4º del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran la de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamenta-les por el artículo 29 de la Carta Política”60.

Dentro de la teoría del garantismo penal, el principio a que se hace mención en la citada providencia es el emanado del principio de estricta jurisdiccionalidad de la actuación procesal, que a su vez está en íntima conexión con el de estricta legalidad tanto de los delitos como de las penas. Acerca de estos principios, la Sala, en pretérita oportunidad⁶¹, ha precisado lo siguiente en relación con el contenido mínimo que en materia de imputación debe contener toda acusación o su equivalente:

“Según Luigi Ferrajoli, el principio de estricta legalidad, que se encuentra integrado con los axiomas *nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*, no sólo está relacionado con una reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino también “implica todas las demás garantías -de la materialidad de la acción al juicio contradictorio- como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”⁶² (destaca la Sala).

“Cuando la jurisdiccionalidad en estricto sentido se refiere de manera concreta a la garantía *nullum iudicium sine accusatione* (o, lo que es lo mismo, a “la garantía procesal de una acusación determinada contra el procesado como acto previo y de delimitación del juicio”⁶³ -se subraya), ello implica que en las

actuaciones penales la resolución de acusación (o su equivalente) no sólo debe contener, en materia de lenguaje, la misma rigurosidad orientada hacia la definición y delimitación del caso concreto con la que, en un sentido general y abstracto, el legislador denota dentro de las normas jurídico penales las acciones que considera punibles, sino que además “debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin”⁶⁴.

“En palabras más sencillas, la acusación, para efectos de su verificación y refutación durante la etapa del juicio, debe contener una clara e inequívoca delimitación tanto de los hechos jurídicamente relevantes del caso (imputación fáctica) como de los cargos que en razón de tales acontecimientos se formulan (imputación jurídica) en aras de respetar la estricta legalidad y jurisdiccionalidad del sistema”⁶⁵.

En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el nomen iuris de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación.

Como lo ha señalado la Sala en precedencia, el presupuesto de todo preacuerdo

“[...] consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica”⁶⁶ (negrillas en el texto original).

3.3. Por último, no sobra precisar que la correlación o consonancia que debe predicarse entre la imputación fáctica y la imputación jurídica que figura en el escrito de preacuerdo no es la misma que el funcionario tiene que constatar frente a la intangibilidad de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación.

En efecto, esta Corporación, en pretérita oportunidad, ha señalado que entre el acto de imputación y la acusación debe predicarse una inmutabilidad respecto de las circunstancias fácticas inicialmente atribuidas:

“Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.

“Lo anterior no conlleva una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación”⁶⁷.

En este orden de ideas, para efectos de controlar la legalidad del preacuerdo, el

funcionario de conocimiento deberá, en primer lugar, verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar. Y, a continuación, tendrá que estudiar si dichas circunstancias ostentan una debida consonancia frente a la adecuación típica plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de que corresponda o no a la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación (se destaca).

En otras palabras, el que en la audiencia preliminar se haya cometido cualquier error en la denominación jurídica de la conducta no implica que tenga algún tipo de relevancia dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones, pues, más allá de la intangibilidad de la situación fáctica inicialmente atribuida, lo que debe confrontar el juez de conocimiento es que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes realizan su consenso (se destaca).

4. De los principios que vinculan al funcionario en el control de la legalidad del preacuerdo y sus consecuencias

4.1. El principio acusatorio, que rige todo el sistema procesal penal regulado por la ley 906 de 2004, es aquel que, en esencia, predica la estricta separación de las funciones de juicio y acusación, y que, en la práctica, se refiere

“[...] a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”⁶⁸.

De lo anterior se colige que esta rigurosa separación entre la labor del funcionario judicial y las actividades procesales a cargo de las partes está de manera inexorable

ligada al principio de imparcialidad y, en particular, al derecho de todo procesado de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial:

“La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás [...]. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio [de no proceder de oficio]–, sino también, y sobre todo, el papel de parte –en posición de paridad con la defensa– asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa [...] una condición esencial de la imparcialidad [...] del juez respecto de las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen al juez”⁶⁹.

Acerca del principio de imparcialidad y del papel que desempeña el juez dentro del proceso acusatorio, se ha dicho lo siguiente:

“En correlación con que la jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada imparcialidad, el que juzga no puede ser parte, es una exigencia elemental que hace más a la noción de jurisdicción que a la de proceso, aunque éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo la imparcialidad es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden representar por una

misma persona el papel de juez y el papel de parte. Es que si el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del derecho objetivo por la jurisdicción en un caso concreto”⁷⁰.

Así mismo, el principio de imparcialidad se halla en directa relación con el fundamento democrático de legitimación judicial, ya examinado en precedencia (supra 2.2), consistente en buscar la verdad y en amparar los derechos fundamentales:

“El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto

“representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: [...] al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías”⁷¹.

En este orden de ideas, la garantía de la imparcialidad se traduce, entre otros aspectos que no vienen al caso, en que el funcionario de conocimiento (i) carezca de cualquier interés privado o personal en el resultado del proceso y (ii) ni siquiera busque dentro del mismo un beneficio público o institucional distinto al respeto irrestricto de las garantías fundamentales; particularmente, que no haya ejercido o mostrado la intención de ejercer funciones afines a la acusación, ni tampoco a favor de los designios del procesado, durante el transcurso de la actuación procesal.

4.2. Como ya se señaló en precedencia (supra 3.1), la actividad del funcionario en el ejercicio del control judicial dentro del trámite de las negociaciones adelantadas entre

la Fiscalía y el acusado, se limita, de conformidad con lo señalado en los artículos 351 inciso 4º y 368 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, a aprobar el escrito de preacuerdo, caso en el cual los términos consignados en el mismo obligarán al juez en la imposición de la condena, o bien a rechazarlo por vulneración de derechos fundamentales, decisión respecto de la cual las partes podrán interponer el recurso de apelación, tal como lo reconoció la Sala en pretérita providencia⁷².

El interrogante que surge entonces frente al problema jurídico que se planteó en un principio (supra 1) reside en establecer si, en armonía con lo hasta ahora analizado, es posible concebir en el juez una actuación distinta a las dos eventualidades contempladas, como lo sería intervenir en audiencia antes de pronunciarse acerca de la legalidad del preacuerdo, con el ánimo de que las partes modifiquen los términos de la negociación, y, de esta manera, ajustar la adecuación típica de la conducta a los hechos materia de imputación.

La respuesta, para la Sala, tiene que ser a todas luces negativa, pues, como ya se adujo en acápites anteriores, el principio acusatorio implica una rígida separación entre el juez y las partes, de manera que, si el funcionario advierte un error en la calificación jurídica de la conducta, lo que tendrá que hacer de manera inmediata en la audiencia de control será rechazar el respectivo acuerdo, para así propiciar la realización de otro que respete la consonancia predicable entre la imputación fáctica y la imputación jurídica, o bien la continuación ordinaria del proceso, pero si por el contrario no adopta decisión alguna e interviene de cualquier otro modo para alterar tal calificación, lo único que haría sería alterar el equilibrio procesal entre la acusación y defensa, en detrimento de la imparcialidad que le es exigible.

En efecto, si la intervención informal del juez está dirigida a modificar los límites punitivos del acuerdo en detrimento de los intereses del procesado, estaría actuando en pro de la función que le asiste a la Fiscalía como órgano de persecución. En cambio, si

interviene para mejorar la situación jurídica del acusado en el acuerdo, estaría evidenciando un interés de índole particular en el proceso.

En cualquiera de estas dos situaciones, el funcionario, además de vulnerar ostensiblemente la imparcialidad, estaría desconociendo el presupuesto primordial del principio acusatorio, según el cual en el proceso penal nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo.

En otras palabras, cuando el juez en ejercicio del control de legalidad obra en defensa de los derechos y garantías fundamentales, tiene que hacerlo siempre y en todos los casos mediante la adopción de decisiones, es decir, mediante providencias debidamente motivadas y susceptibles del ejercicio del derecho de contradicción, así como del principio de doble instancia, y de ninguna manera por intermedio de comportamientos informales, por lo demás no contemplados en la ley, que susciten alteraciones sustanciales en los términos de una negociación, que como tal es del resorte exclusivo de las partes, esto es, tanto del acusado y el defensor como del representante del organismo acusador.

4.3. Ahora bien, en virtud del principio de oralidad y de la dinámica que debe regir el desarrollo de estas audiencias, lo anterior no significa que el funcionario de conocimiento esté en la imposibilidad de interrogar a las partes con el fin de aclarar aspectos relacionados con la adecuación típica de los hechos, o con cualquier otra circunstancia pertinente al trámite del preacuerdo, siempre y cuando su actuación no exceda de tal propósito, es decir, que no determine la modificación de la negociación, ni que desde el punto de vista de un espectador inteligente influya en la espontaneidad de la manifestación de culpabilidad por parte del acusado.

Lo recomendable, sin embargo, es que el escrito que haga las veces de acusación y que contenga los términos previamente acordados no necesite de aclaración, justificación

o explicación alguna, y que desde la perspectiva de la estricta jurisdiccionalidad del sistema vislumbre todos los argumentos de hecho y de derecho que sean necesarios para establecer la correspondencia predicable entre la imputación fáctica atribuida en la audiencia de formulación y la imputación jurídica que figure en el documento.

Esto último, por cuanto en materia de subsunción del supuesto fáctico al predicado normativo, la Sala ha reconocido, en no pocas ocasiones, que ello implica una labor tanto interpretativa como valorativa por parte del juez a la hora de analizar la configuración de elementos descriptivos y normativos de los distintos tipos penales, así como la configuración de las causales de agravación y de atenuación, forma de participación y modalidad de imputación al tipo subjetivo, entre otras categorías jurídico penales:

“En la época del derecho penal ilustrado, se tenía la idea de que la función del juez no debía ir más allá a la de ser un mero instrumento en la aplicación de la ley, por lo que en principio tenía que limitarse a plantear un sencillo silogismo entre la norma y los hechos objeto de estudio. En palabras de Beccaria, “[e]n todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la [premisa] mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena”⁷³.

“Tal concepción, según la cual la aplicación del derecho se reducía simplemente a la subsunción mecánica de las circunstancias de hecho en la norma jurídica, pronto fue abandonada por errónea, en la medida en que para establecer la relación entre la premisa mayor y la premisa menor el juez de manera necesaria tiene que valorar el sentido y alcance de la norma en lo que a los concretos aspectos fácticos del caso se refiere”⁷⁴.

Así, por ejemplo, la Sala, a partir de la sentencia de 10 de noviembre de 2005⁷⁵, ha estimado que para la configuración de la circunstancia de agravación prevista en el

numeral 1 del artículo 365 de la ley 599 de 2000, relativa al empleo de medios motorizados en la realización típica del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, debe predicarse una manifiesta relación de causalidad entre la acción de portar el arma y la utilización del automotor, de manera que implique en el caso concreto una mayor afectación al bien jurídico de la seguridad pública, que es el que la norma pretende proteger:

“[...] resulta diáfano concluir que la circunstancia modificadora de la punibilidad, entre otros, por la utilización de medios motorizados parte del supuesto de que portar un arma de fuego en tal situación fáctica hace más potencial la lesión al bien jurídico protegido, habida cuenta que desde un vehículo o unidad motorizada se puede más fácilmente atentar contra la paz y la convivencia social integrada en la seguridad pública. No obstante, para dicha conclusión tiene que haber una valoración de la relación causal entre el verbo rector desplegado por el sujeto y dicha circunstancia y la verificación que esa era su voluntad (dolo) que le imprimió particular contenido a su comportamiento”⁷⁶.

En este orden de ideas, con atribuir desde el punto de vista fáctico que el sujeto agente portaba un arma de fuego dentro de un vehículo motorizado, de ninguna manera está justificando la tipificación de la causal de agravación en comento, pues los operadores jurídicos tuvieron que haber valorado dentro de las circunstancias fácticas que rodearon a la conducta un nexo del que se derive que el porte del arma dentro del vehículo determinó en el caso concreto que la vulneración a la seguridad jurídica se incrementó.

8.- Días más tarde, esta Corporación -AP 23 Nov 2011, Rad. 37209- en relación con los Deberes del Juez de conocimiento frente al estudio del preacuerdo, indicó que:

1. Antes de abordar de manera específica aquello que es materia del recurso de apelación, es decir, si en este caso el preacuerdo sobre la concesión de la prisión domiciliaria violó garantías fundamentales, conviene reiterar⁷⁷ algunos aspectos referentes a

los deberes y facultades del juez de conocimiento al emprender el examen de los términos en que se plasman los mecanismos de justicia consensuada (esto es, preacuerdos y negociaciones) o premial (allanamiento), institutos todos regulados en los artículos 351, 352, 356-5º y 367 de la Ley 906 de 2004), en el entendido de que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que las atribuciones del juez no se contraen a dictar, sin más, una sentencia de condena con la rebaja que corresponda, o bien a disponer la nulidad de la actuación en el evento de evidenciar un vicio que afecte el debido proceso.

La Sala ha enfatizado en diversas oportunidades que la revisión que emprende el funcionario judicial no es meramente sobre aspectos formales, tales como la libertad, la comprensión o la asistencia jurídica que hubiere tenido el imputado o procesado; es por ello que ha indicado que:

“... ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.”⁷⁸

Dígase, entonces, que la actuación del funcionario de conocimiento, al entrar al estudio del preacuerdo, encuentra su razón de ser en que ese mecanismo de terminación anticipada no legitima al fallador para emitir una condena que haga caso omiso de los antecedentes del proceso, pues no puede perderse de vista que la prevalencia del derecho material y las garantías fundamentales también rigen en los casos de sentencia anticipada.

Es cierto, por una parte, que una de las consecuencias de acudir a la institución del

preacuerdo es el impedimento que pesa sobre el procesado o imputado para retractarse de los aspectos sustanciales objeto de consenso. Pero, por la otra, también lo es que esa limitación no puede abarcar aspectos que toquen con la efectividad del derecho material, la prevalencia del derecho sustancial, el fin unificador de la jurisprudencia, lo referente al menoscabo de garantías fundamentales y el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia⁷⁹, finalidades amparadas por el artículo 228 de la [Constitución Política](#). De suerte que, así como la protección de principios, derechos y garantías fundamentales pueden ser objeto de impugnación en los casos de sentencia anticipada, como lo ha decantado la jurisprudencia de la Sala⁸⁰, de igual manera cabe colegir que al funcionario judicial le compete su protección, como un presupuesto para la aprobación del preacuerdo o negociación.

Dicha misión funcional encuentra amplio soporte legal en diversas normas, así: el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 (así mismo lo reitera el 368, inciso primero, del mismo estatuto) establece que si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez del conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

A su vez, el artículo 351-4 del código en mención estatuye que los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. Esta previsión se materializa en dos casos concretos: a través del artículo 354, norma que consagra la inexistencia jurídica de los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor, como también por medio del 368, inciso 2º, de dicho código, que establece que si el juez advierte algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, debe rechazar la alegación de culpabilidad y adelantar el procedimiento como si hubiere habido una alegación de no culpabilidad.

No sobra recordar cómo la Corte Constitucional se ha ocupado de este asunto, precisando que: “El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)”⁸¹.

Con fundamento en los razonamientos precedentes, surge nítido que el acto de aprobación del preacuerdo es el mecanismo a través del cual se garantiza que la emisión de fallo (al que se acoge el procesado en busca de los beneficios que le otorga la justicia premial), no sea la consecuencia de vicios de garantía, de juicio o de estructura.

Por lo tanto, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha fijado, el examen de los términos del preacuerdo no se limita a la revisión de los requisitos meramente formales, sino que incluye el control de legalidad de lo acordado; es decir, que su función es la de constatar si lo pactado entre el acusador y el imputado o procesado no desconoce garantías fundamentales, o bien si sus precisos términos son en verdad susceptibles de consenso.

Es por lo anterior por lo que al juez de conocimiento le compete entrar a verificar si existe alguna prohibición, constitucional o legal, que impida celebrar el acuerdo suscrito entre la fiscalía; de evidenciarlo así, le asiste el deber de improbar el preacuerdo, pues éste no puede rebasar los límites constitucionales y legales trazados, entre ellos, el principio acusatorio -que le exige observar la separación entre las funciones de acusar

y juzgar- y el de imparcialidad⁸².

Es necesario agregar que en lo referente a las facultades del juez de conocimiento al estudiar el preacuerdo suscrito entre el imputado o acusado con la fiscalía, esta Corporación tiene dicho que: “en materia de preacuerdos y negociaciones la competencia del superior jerárquico es bastante limitada, pues no atañe directamente a discusiones probatorias sobre la participación y responsabilidad de los acusados, sino en general a la legalidad de los términos del acuerdo, a la dosificación de la pena imponible y a los mecanismos sustitutivos de su ejecución”⁸³ (subraya por fuera del original).

Y ha señalado, además, que: “en materia de preacuerdos y negociaciones la jurisprudencia de la Sala viene enseñando que [las facultades del funcionario judicial] no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible, sino a los hechos imputados y sus consecuencias, acuerdos que obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales. Los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado -también ha precisado la Corte- deben regirse por los principios de lealtad y buena fe, por lo que todo aquello que constituya su objeto que no viole garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley ha de ser incorporado de manera integral al acta correspondiente...”⁸⁴.

(...)

2. Ahora bien, en lo que tiene que ver con los efectos del preacuerdo, dígase que el artículo 351-4 de la Ley 906 de 2004 dispone que los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

(...)

Así las cosas, al funcionario judicial de conocimiento le corresponde ejercer el control de legalidad de lo acordado, esto es, ente otras circunstancias, determinar si el preacuerdo es el producto de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa; así mismo, tiene la posibilidad de desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso (Corte Constitucional, sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005), como también puede verificar la legalidad de la calificación jurídica de las conductas objeto de condena.

9.- Con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales que in extenso viene de reseñar la Sala, no queda opción distinta a concluir, tal cual incluso ha sido indicado por la Sala -SP 16 Jul 2014, Rad. 40871-, que:

[E]n el sistema adversarial no se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos -su propia teoría del caso-, mediante la cual obligue al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, dado que con ello se desestructura la sistemática adversarial, toda vez que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, demostrarla⁸⁵.

De ser así, se 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.

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 rectoras⁸⁶, 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.

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 PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO 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 1º de diciembre de 2009⁸⁷

y 11 de marzo de 2010⁸⁸ 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.

Es así como el juzgado de conocimiento, decidió imponer su propia teoría del caso para

concluir que todos y cada uno de los integrantes del grupo de personas que estuvieron presentes al momento del homicidio, tuvieron el dominio del hecho, conocían el designio criminal y mostraron complacencia con el resultado final, restándole todo mérito vinculante a la manifestación de la Fiscalía, en el sentido de que con posterioridad a la audiencia preliminar de imputación formulada contra PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ, como coautor del referido concurso delictivo, a partir de haber recaudado algunos novedosos elementos materiales probatorios, pudo establecer que quien en realidad portaba el arma de fuego e hizo los disparos que segaron la vida del joven Carlos Andrés Ramírez, fue un sujeto distinto de los imputados con quienes suscribió el preacuerdo, pero sin desconocer en momento alguno que éstos contribuyeron a la realización de la conducta antijurídica por acuerdo concomitante a la misma, lo cual los ubicaba en el ámbito de la complicidad y no de la coautoría.

No tuvo en cuenta el juzgador, que fue precisamente con ocasión del recaudo de novedosos elementos materiales probatorios, que cuando a iniciativa de la fiscalía hubo de llevarse a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, respecto del indiciado JAIRO ENRIQUE ACERO, la cual tuvo lugar casi cuatro meses después de la ocurrencia de los hechos materia de investigación, el órgano acusador le formuló imputación como cómplice del concurso de delitos de homicidio agravado y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones, y fue por dicha forma de participación, que suscribió el referido preacuerdo, no aprobado sin embargo por el Juez Penal del Circuito de La Dorada.

Y si bien el Tribunal se pronunció en segunda instancia sólo en relación con la apelación interpuesta por la defensa de PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ quien mostró inconformidad contra la decisión de improbar el preacuerdo celebrado con la Fiscalía impartándole confirmación, puesto que pese a haber recurrido el defensor de JAIRO ENRIQUE ACERO posteriormente desistió de la impugnación, esto en manera alguna purga

el vicio que viene de advertir la Corte, pues, al igual que el juzgador de primer grado, se dedicó también a realizar su propia adecuación típica para anteponerla a la de la Fiscalía, con argumentaciones que incluso no logran patentizar que el acusador hubiere incurrido en algún tipo de yerro de tal magnitud que hiciera obligada la intervención del juzgador en orden a preservar el principio de legalidad o alguna otra garantía fundamental.

Es así como señaló el Tribunal que <<la lectura de los hechos que fueron consignados en el acta del preacuerdo, permiten concluir que tal narración es la descripción de un actuar mancomunado, que es el reflejo de una figura conocida como COAUTORÍA IMPROPIA, y de aceptar el señor TELLO RAMÍREZ su participación en los mismos, mal haría en llamársele cómplice, cuando lo cierto es que la narración de los hechos, y una lectura de los mismos, da cuenta de la coautoría y no de la complicidad>>, sin percatarse que por parte alguna el ente fiscal llegó a considerar que dicho implicado hubiese tenido el dominio funcional del hecho.

Al efecto cabe reseñar que la Fiscal fue expresa en indicar que <<con las labores de inteligencia llevadas a cabo por parte de la policía judicial de la SIJIN de Puerto Salgar se pudo establecer que una de las personas que intervino en la persecución y golpiza que le dieron a CARLOS ANDRÉS y que además abordó el vehículo junto con JOHN JAIRO SÁNCHEZ, persona ésta que era la que iban a matar CARLOS y JOHATAN, fue el señor PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ identificado con la C de C No. 3.131.990 de Puerto Salgar, quien es ampliamente conocido en esa localidad con el alias de COCADAS, persona ésta que fue el primero en ser identificado e individualizado por el personal de la SIJIN, lo que motivó la solicitud de su orden de captura>>.

Señaló asimismo que <<dentro de los actos urgentes llevados a cabo por parte de la policía judicial se recibieron los testimonios de cada una de las personas que se encontraban en el establecimiento FARINA donde se originó el incidente, así como cada

uno de los testigos presenciales de los hechos de donde se pudo determinar quiénes fueron las personas que ocuparon esa noche el vehículo en que fue transportado el señor CARLOS ANDRÉS hasta la orilla del río>>.

Con dicha reseña fáctica realizada por la Fiscalía en el acta del preacuerdo, en criterio de la Corte de una parte, se mantiene el núcleo fáctico de la imputación consistente en la muerte con disparos de arma de fuego ocasionada a quien en vida respondía al nombre de Carlos Andrés Ramírez Blanco, y de otra, no da lugar a negar la complicidad como forma de participación de los imputados en los hechos materia de investigación, ni a afirmar categóricamente que hubieren actuado en condición de coautores, como inopinadamente fue considerado por el Tribunal.

Sucede además, conforme fue advertido con tino por la Procuradora Delegada, que en la actuación se observa una nueva transgresión al debido proceso por parte del Tribunal, toda vez que a pesar de haber comprometido su criterio respecto de la forma de participación de todos y cada uno de los involucrados en el homicidio de que fue víctima Carlos Andrés Ramírez Blanco, y no obstante haber admitido la manifestación de impedimento realizada por el juzgador de primer grado por el hecho de haber improbadado los preacuerdos que le fueran presentados, omitió declararse impedido para conocer en segunda instancia de la alzada interpuesta contra el fallo absolutorio de primer grado y con violación del principio de imparcialidad.

A este respecto la Corte no puede menos que reiterar su criterio expuesto en el sentido que <<la confianza de una sociedad democrática en la imparcialidad de sus tribunales, implica que deba ser removido del juicio todo juez del cual se pueda tener una duda legítima o queja de falta de imparcialidad “teniendo como elemento determinante en este análisis saber si los temores del interesado pueden estar objetivamente justificados”, lo cual, en el presente caso ha quedado demostrado>> -

Cfr. -SP 16 Jul 2014, Rad. 40871-.

Así las cosas, en frente de dichas irregularidades trascendentes, la Corte no tiene más alternativa que reconocer que le asiste parcial razón al demandante en la postulación de los mencionados reparos, lo cual da lugar a casar el fallo recurrido y proferir el correspondiente de reemplazo, pues no ocurre igual en lo atinente a los reclamos relacionados con la validez y mérito del interrogatorio realizado al indiciado FRÉDERICK FRANSUA RODRÍGUEZ MOLINA y su testimonio vertido en el juicio irregularmente tramitado.

Lo anterior en razón a que si la Corte, en su condición de Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, decide aprobar los preacuerdos celebrados por la fiscalía con los imputados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, conforme se solicita en la demanda, en el respectivo fallo de sustitución no se podrá incluir consideración alguna sobre la prueba practicada en un juicio oral que no ha debido tener realización, a menos de resultar anfibológico el fallo de casación, por cuanto lo jurídicamente procedente es excluir del trámite el juicio oral y poner fin a la actuación judicial con el proferimiento de la correspondiente sentencia de mérito, de conformidad con lo acordado entre acusación y defensa.

Cabe aclarar asimismo, que en este caso resulta inviable disponer el reenvío de la actuación al juzgado de primera instancia para que proceda a proferir el respectivo fallo anticipado, toda vez que además de representar una adicional dilación injustificada del proceso, daría lugar a un nuevo motivo de inhibición de parte de los juzgadores de primera y segunda instancias, precisamente por haber comprometido su criterio en relación con la validez de los preacuerdos, al discrepar sobre la forma de participación de los imputados en las conductas antijurídicas a ellos atribuidas, dando lugar a que el proceso no pueda lograr terminación en un plazo razonable, con todas las nefastas implicaciones inherentes a tal entuerto, que surgió precisamente por la inaceptable postura jurídica asumida tanto por el Tribunal como por los Jueces de Circuito que tuvieron a su cargo el conocimiento del presente asunto.

12.- Consecuencias Jurídicas.

12.1.- Prescripción de la acción penal.

Cabe señalar, que con ocasión de la decisión que la Corte anuncia, relacionada con la aprobación de los preacuerdos celebrados por los imputados con la fiscalía, se advierte que una de las conductas por las que se declaró la responsabilidad penal de los procesados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, se halla prescrita, y la Sala no tiene más alternativa que así declararlo.

Al efecto debe reiterarse que en materia penal el fenómeno prescriptivo de la acción opera en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para el delito imputado, tenidas en cuenta las circunstancias sustanciales modificadoras de la punibilidad concurrentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior de cinco años o superior de veinte, salvo las excepciones que la propia normatividad establece (Artículo 83 de la Ley 599 de 2000).

En tal sentido plausible se ofrece destacar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 1309 de 2009, modificado por el artículo 1º de la Ley 1426 de 2010, el término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de un miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, es de 30 años⁸⁹.

Asimismo, que a tenor de lo previsto por el artículo 1º de la Ley 1154 de 2007, cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el de incesto, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribe en 20 años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Atendiendo lo dispuesto por el inciso primero del artículo 292 de la Ley 906 de 2004,

dicho término se interrumpe con la formulación de imputación. Cuando esto acontece, debe comenzar a correr de nuevo desde entonces, pero el fenómeno se consolida en la mitad del tiempo respectivo, sin que pueda ser inferior a 3 años, ni superior de 10 (Artículo 86 de la Ley 599 de 2000).

Tanto uno como otro término se aumentan en la mitad cuando el delito es cometido en el país por servidor público en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, a particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores. Asimismo se aumenta en dicho término, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior, (artículo 83, inciso 60, del C.P. de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011).

Además, de conformidad con lo previsto por el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, se suspende el término de prescripción por el término de cinco años mientras se tramita el recurso extraordinario de casación, al vencimiento de los cuales se reinicia su cómputo.

En el presente caso, según la calificación jurídica de la conducta realizada de que se ocupan los preacuerdos celebrados con la Fiscalía, a los imputados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, se les atribuyó responsabilidad penal como cómplices de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, según conductas que aparecen definidas por los artículos 30, 103, 104.7 y 365 del C.P. de 2000, siendo ésta calificación jurídica la que habrá de ser tomada en consideración por la Sala para efectos de determinar el término de prescripción de la acción penal, toda vez que ella será el fundamento de la sentencia de mérito.

Es de anotar que las disposiciones originales del Código Penal de 2000, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007, pero sin tener en cuenta las

introducidas por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, son las aplicables al caso por virtud de los principios de legalidad y de favorabilidad, ya que a más de encontrarse vigentes al momento y lugar de los hechos, resultan menos gravosas para los acusados, exclusivamente para efectos de la prescripción, según la calificación jurídica de la conducta a ellos imputada en el preacuerdo.

Entonces, atendiendo lo dispuesto por la redacción del artículo 38 de la Ley 1142 de 2007, por cuyo medio se modificó el artículo 365 del Código Penal de 2000, acorde con las previsiones del artículo 30 ejusdem, en este evento la pena para el cómplice del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, imputado a los implicados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ Y JAIRO ENRIQUE ACERO, oscilaría entre veinticuatro (24) y ochenta (80) meses de prisión.

De conformidad con las normas sustanciales aplicables al caso, el término de prescripción sería de ochenta (80) meses (es decir 6 años y 8 meses) con anterioridad a la imputación y de cuarenta (40) meses (3 años y 4 meses) con posterioridad a ésta.

La formulación de imputación respecto de PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ fue llevada a cabo el 23 de noviembre de 2009 y con relación a JAIRO ENRIQUE ACERO, tal diligencia tuvo lugar el 15 de enero de 2010.

Contados desde entonces los tres (3) años y cuatro (4) meses para el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, se constata que se cumplieron los días 23 de marzo y 15 de mayo de 2013, esto es, con anterioridad al proferimiento de la sentencia de segunda instancia -lo que tuvo lugar el 29 de octubre de 2013-.

Sobre la base entonces, de la prescripción de la acción penal por el mencionado delito, la Sala declarará la extinción de la acción penal a favor de los procesados PABLO EMILIO

TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO.

Como quiera que esta misma situación no se presenta en relación con el delito de homicidio agravado, por el cual también se formuló imputación y se dictaron los fallos de primera y segunda instancias, la Corte procederá a adoptar las medidas que correspondan, atendiendo las decisiones que se anuncian.

12.2.1.- Entonces, después de casar la sentencia recurrida a fin de declarar la ineficacia del juicio oral irregularmente tramitado, seguidamente le corresponde a la Corte analizar la legalidad de los preacuerdos celebrados por la Fiscalía con los imputados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE los días 1º de diciembre de 2009 y 11 de marzo de 2010, respectivamente, no sin antes advertir que las condiciones de información, asistencia profesional, voluntariedad y capacidad de los implicados al momento de su celebración estuvieron ajustadas a las exigencias normativamente establecidas, conforme fue anunciado por el Juez Penal del Circuito de la Dorada en la audiencia respectiva, y que sobre ellas no se presentó ni antes ni ahora en sede extraordinaria, objeción alguna de parte de la defensa o algún otro sujeto procesal, por lo cual ningún vicio en el consentimiento u otra garantía fundamental pudo haberse configurado, lo que obliga impartirles aprobación de parte de la Corte.

12.2.- Ahora bien, teniendo en cuenta que con ocasión de los preacuerdos celebrados con la Fiscalía los imputados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, de manera libre, voluntaria, debidamente informada, y asistidos por su defensor, en audiencia pública celebrada con la participación del Ministerio Público y previa citación a las víctimas, en presencia de un Juez de la República aceptaron su responsabilidad penal como cómplices del delito de homicidio agravado, definido y sancionado por los artículos 103 y 104.7 del C.P., con las modificaciones punitivas establecidas en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a cambio de obtener una rebaja del 50% de la pena que habría de corresponderles, según hechos ocurridos el 26 de septiembre de

2009 en el Municipio de Puerto Salgar, en cuyo desarrollo se ocasionó la muerte violenta con disparos de arma de fuego al joven CARLOS ANDRÉS RAMÍREZ BLANCO, dando lugar al adelantamiento de la correspondiente investigación por parte de la Policía Judicial y la realización de las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento de que da cuenta la actuación, resulta procedente proferir el correspondiente fallo condenatorio de mérito, conforme a los términos en que fue acordado.

12.3.- En el fallo de segunda instancia, el Tribunal individualizó la pena, partiendo del mínimo punitivo establecido para el delito de homicidio agravado, en los siguientes términos:

Tal ilicitud contra la vida agravada, a voces de los artículos 103 y 104 del Código Penal apareja una pena [de acuerdo a la fecha de los hechos] oscilante entre 400 y 600 meses de prisión, siendo así éstos los límites punitivos sobre los cuales recaerá la labor de dosificación.

Labor que implica abstraer el ámbito de movilidad, que para este caso es de 200 meses de prisión, cantidad que al ser dividida en cuatro cuartos, nos señala que el 1er cuarto comienza en el tope mínimo y va hasta 450 meses, sin necesidad de pronunciarnos respecto de los demás cuartos, como quiera que el hecho de que ninguna anotación se haya hecho acerca de circunstancias genéricas de menor o mayor punibilidad (sic), hacen que se deba aplicar el correctivo punitivo dentro del cuarto inferior>>.

Y como consecuencia de lo anterior se particularizará la pena por el delito de homicidio agravado en el mínimo de 400 meses de prisión, en tanto, se considera que esta cantidad resulta ser acorde con la gravedad y modalidad de la ilicitud cometida, sumado a que se confía suficiente para lograr los cometidos de retribución, prevención y resocialización que tienen asignadas las penas en Colombia.

Estos mismos parámetros habrán de ser considerados por la Corte, razón por la cual en obediencia a los términos del acuerdo, lo previsto por el inciso tercero del artículo 30, y los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables de que trata el artículo 60, por razón de la complicidad la pena mínima para el delito de homicidio agravado queda fijada en 200 meses de prisión.

Sobre este monto, fiscalía y defensa acordaron una reducción del 50% por efectos de la terminación anticipada del proceso, quedando así en 100 meses de prisión, y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, conforme a lo establecido en el artículo 52 de la Ley 599 de 2000, como penas definitivas que deben purgar los acusados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO a consecuencia de ser declarados cómplices penalmente responsables del delito de homicidio agravado.

13.- Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Pese a la disminución punitiva que aquí se decreta, el quantum de la pena privativa de la libertad que se impone, impide a la Corte considerar la posibilidad de conceder a los sentenciados el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CASAR parcialmente el fallo impugnado y en su lugar APROBAR LOS PREACUERDOS CELEBRADOS POR LA FISCALÍA CON LOS IMPUTADOS PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO.

2.- DECLARAR PRESCRITA la acción penal respecto de la complicidad en el delito de fabricación, tráfico y porte de armas o municiones, imputado a los acusados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, y en consecuencia, disponer la extinción de la acción penal por la referida conducta.

3.- En cumplimiento de los preacuerdos aprobados por la Sala, CONDENAR a cada uno de los acusados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, a cien (100) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción principal, como cómplices penalmente responsables del delito de homicidio agravado de que fue víctima Carlos Andrés Ramírez Blanco.

4.- No conceder a los acusados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO, la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

5.- 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.

6.- Por el Juzgado de Primera Instancia, de ser el caso, se dará cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 101 y siguientes sobre el ejercicio del incidente de reparación integral.

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

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Impedido

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1Fls. 6 y ss. cno. 1.

2Fls. 15 – 18 cno. 1.

3Fls. 24 y ss. cno. 1.

4Fls. 27 y ss. cno. 1.

511 de marzo de 2010 (fls. 48 y ss. cno 1).

6Fls. 56 y ss. cno 1.

7Fls. 72 y ss. cno 1.

8Fls. 78 y ss. cno 1 (En sala de decisión integrada por los Magistrados Gloria Ligia Castaño Duque, José Fernando Reyes Cuartas y Héctor Salas Mejía).

9Fls. 107 y ss. cno 1).

10Fls. 5 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

11Fls. 8 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

12Fls. 10 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

13Fls. 368 y ss. cno. Corte.

14Fls. 11 cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

15Fls. 15 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

16Fls. 19 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

17Fls. 59 y ss. cno. No. 1.

18Fls. 35 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

19Fls. 72 y ss. cno. No. 1.

20Fls. 41 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

21Fls. 78 y ss. cno. No. 1.

22Fls. 93 y ss. cno. No. 1 y 77 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

23Fls. 109 y ss. cno. No. 1.

24Fls. 147 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

25Fls. 155 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá.

26Fls. 129 y ss. cno. No. 1.

27Fls. 234 y ss. cno. No. 1.

28 Equivocadamente en el citado documento se alude al año 2010. Fls. 318 y ss. cno. No. 2.

29Fls. 360 y ss. cno. No. 2.

30Fls. 499 y ss. cno. No. 2.

31Fls. 590 y ss. cno. No. 2.

32Fls. 523 y ss. cno. No. 2.

33Fls. 528 y ss. cno. No. 2.

34Fls. 559 y ss. cno. No. 2.

35Fls. 633 y ss. cno. No. 3.

36Fls. 691 y ss. cno. No. 3.

37Fls. 697 y ss. cno. No. 3.

38Fls. 706 y ss. cno. No. 3.

39Fls. 711 y ss. cno. No. 3.

40Fls. 783 y ss. cno. No. 3.

41Fls. 918 y ss. cno. No. 4.

42Fls. 1114 y ss. Cno. Trib.

43Fls. 176 y ss. Cno. Corte.

44 Cfr. ARTICULOS 658 del C.C.; Inmuebles por destinación. Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

Las losas de un pavimento.

Los tubos de las cañerías.

Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.

Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla.

Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste.

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio.

ARTICULO 716. DERECHOS SOBRE LOS FRUTOS NATURALES. Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario.

Así, los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra.

Así también las pieles, lana, astas, leche, cría y demás productos de los animales, pertenecen al dueño de éstos.

ARTICULO 1885. <VENTA DE SEMOVIENTES HEMBRAS>. La venta de una vaca, yegua u otra hembra, comprende naturalmente la del hijo que lleva en el vientre o que amamanta; pero no la del que puede pacer y alimentarse por sí solo. ARTICULO 1886. <VENTA DE FINCA>. En la venta de una finca se comprenden naturalmente todos los accesorios que, según los artículos 658 y siguientes, se reputan inmuebles. Etc.”.

45 Corte Suprema de Wisconsin, Jung vs. State, 32 Wis. 541; 145 N. W. 2d 684 (1966), cita tomada de De Diego Díez, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 34.

46 De Diego Díez, Op. cit., citando a Bassiouni, M. Cherif, pág. 47.

47 Corte Suprema de los Estados Unidos, Santobello vs. Nueva York, 404 U. S. 257, 260 (1971).

48 De Diego Díez, Op. cit., pág. 73.

49 Ibídem, pág. 67.

50 Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 27.

51 Schünemann, Bernd, Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 298.

52 Cf. Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

53 Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005, citando a la sentencia C-425 de 1996.

54 Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

55 Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

56 “Artículo 327-. / [...] los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

57 “Artículo 381-. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”.

58 Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

59 Radicación 25724.

60 Sentencia de 19 de octubre de 2006, radicación 25724.

61 Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicación 25513.

62 Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 96.

63 Ibídem, pág. 606

64 Ibídem, pág. 606-607

65 Ibídem, pág. 607, citando a Carrara, o. c., tomo II, § 892, pág. 364

66 Sentencia de 12 de diciembre de 2007, radicación 27759.

67 Sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicación 27518.

68 Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón..., pág. 564.

69 Ibídem, pág. 567.

70 Auto de 8 de noviembre de 2007, radicación 28648, citando a Montero Aroca, Juan, Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 186-188.

71 Ferrajoli, Derecho y razón..., pág. 580.

72 Cf. sentencia de 12 de diciembre de 2007, radicación 27759.

73 Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, § IV

74 Sentencia de 23 de enero de 2008, radicación 17186. En el mismo sentido, sentencia de 18 de junio de 2008, radicación 23051.

75 Radicación 20665.

76 Sentencia de 10 de noviembre de 2005, radicación 20665.

77 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia del 27 de abril de 2011, radicación No. 34829.

78 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, radicación No. 29979.

79 Corte Suprema de Justicia, *ibid*.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2009, radicación No. 31531.

81 Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007, citada por la Sala en la sentencia del 27 de octubre de 2008, rad. 29979. Postura similar había sido expuesta en la sentencia C-591 de 2005, y así mismo había sido anticipada en la C-425 de 1996, referida al Código de Procedimiento Penal de 1991.

82 *Ibid*, rad. 29979

83 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 29 de abril de 2008, radicación No. 29530

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 3 de octubre de 2007, radicación No. 28381

85 La Corte Constitucional mediante sentencia 396 de 2007 claramente lo concluyó al declarar ajustado a la Carta el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 que prohíbe la prueba de oficio.

86 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”.

87Fls. 15 – 18 cno. 1.

88Fls. 10 y ss. cno. de actuaciones del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá y fls. 368 y ss. cno. Corte.

89 Cabe aclarar, no obstante, que la jurisprudencia de la Corte, en armonía con los compromisos internacionalmente adquiridos por Colombia, ha declarado la imprescriptibilidad de la acción penal en los casos considerados como crímenes de lesa humanidad. Cfr. Auto de Única Instancia. 14 de marzo de 2011. Rad. 33118.