

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado ponente

SP9853-2014

Radicación n° 40.871

(Aprobado Acta No. 226)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014).

La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado Quinto Penal de dicho Circuito en la que condenó a CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA por el delito de homicidio en concurso con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones.

## I. ANTECEDENTES

Los hechos fueron reseñados de la siguiente manera en las sentencias de instancia:

“ El señor LUIS MARCELINO TEJEDA MATTOS, fue baleado cerca de las 21:00 horas del día 22 de noviembre de 2010 cuando se encontraba en la “Casa de Hospedaje Israel” ubicado en la calle 17 No 1-62 del corregimiento de Taganga, lugar al que ingresó el agresor con el pretexto de preguntar si habían habitaciones disponibles y quien esgrimiendo un arma

de fuego disparó contra la humanidad del mencionado, después se dirigió hacia el lugar donde lo aguardaba su acompañante en la motocicleta que utilizaron para emprender la retirada con dirección al centro de ese corregimiento.

Por este hecho, ese día resultaron capturados CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA y Otro, a quien se apoda "El Ojón", siendo puestos a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata URI, sin embargo, por motivos que se desconocen, fueron dejados en libertad.

Posteriormente, se libraron las respectivas órdenes de captura por la autoridad judicial contra estos individuos, haciéndose efectiva la aprehensión de CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA, alias "El Paísa", en la ciudad de Medellín quien el tiempo oportuno fue puesto a disposición de la autoridad competente."

## I. ACTUACIÓN PROCESAL

La audiencia concentrada se llevó a cabo el 25 de junio de 2011 ante el Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías, en la que luego de declararse la legalidad de su captura, se imputó a HOYOS CHAVERRA el delito de homicidio agravado -arts. 103 y 104.4- en concurso con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones agravado art. 365. Inc. 2º.-; y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

La Fiscal Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta presentó el 25 de julio de 2011 escrito de acusación en contra de HOYOS CHAVERRA por homicidio simple en concurso con tráfico, fabricación o porte de arma de fuego o municiones -sin la circunstancia de agravación-, siendo asignado al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, autoridad que programó la

audiencia de formulación oral para el día 8 de agosto siguiente.

Al inicio de dicha diligencia la Fiscalía manifestó que retiraba el escrito de acusación y en su lugar presentó un preacuerdo celebrado con el acusado, por medio del cual éste aceptaba su responsabilidad en los delitos contenidos en el escrito de llamamiento a juicio, cuyas penas se individualizaron así: para el homicidio en 208 meses, y 6 adicionales por el porte de armas, esto es, 214; monto al que se le redujo el 40 %, para un total de 128.4 meses de prisión, más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Mediante auto leído el mismo 8 de agosto de 2011 el preacuerdo fue improbadado por el juez de conocimiento, aduciendo como causal de su ilegalidad, la violación al principio de estricta tipicidad, dado que la acusación no abarcaba los mismos cargos de la formulación de imputación -homicidio y porte agravados- además que tampoco estaba conforme con el descuento que se otorgaba.

Como consecuencia de dicha desaprobación, el juzgador formuló el correspondiente impedimento invocando la causal prevista en el artículo 53.6, el cual fue declarado infundado, tanto por el Juzgado 2º Penal del Circuito<sup>1</sup> como por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta<sup>2</sup>, argumentando que al no haber realizado valoración probatoria, no comprometió su imparcialidad.

Así las cosas, el 24 de octubre siguiente se dio continuación a la audiencia de formulación de acusación, en la que a CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA, con ocasión de una adición realizada al escrito de acusación se le convocó a juicio por el delito de homicidio simple en concurso con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones pero ahora, con la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el art. 58.10 del Código Penal (obrando en coparticipación criminal).

El día fijado para la celebración de la audiencia preparatoria, el 10 de noviembre de

2011, la Fiscalía Doce Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta presentó escrito contentivo de un nuevo preacuerdo intentando atender los requerimientos formulados por el juez al improbar el anterior, según el cual HOYOS CHAVERRA aceptaría los cargos acabados de referir, y a cambio se le impondría una pena de 214 meses (208 por el homicidio y 6 por el porte), monto sobre el cual se le reconocería una reducción de la tercera parte; preacuerdo que también fue improbadado ya que el juez consideró, contrario a lo afirmado por la Fiscalía, que habían elementos materiales probatorios con fundamento en los cuales se podrían demostrar las circunstancias de agravación, tanto del homicidio como del punible contra la seguridad pública y así mismo había desacuerdo en la tasación de la pena pactada para el segundo punible, puesto que la imposición de sólo seis meses violaría el principio de legalidad, ya que la norma sancionatoria contiene una pena manifiestamente mayor.

Contra la anterior decisión, la Fiscalía interpuso recurso de reposición, impugnación que fue denegada, y la defensa formuló apelación, la que fue resuelta de manera desfavorable mediante decisión de 1º de marzo de 2012 por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en la cual: 1) compartió los planteamientos del a quo, ya que también consideraba que la Fiscalía podría probar las circunstancias de agravación de los dos delitos en cuestión, 2) advirtió que la Fiscalía desbordó el marco de su competencia al formular la acusación por los delitos obviando las circunstancias de agravación punitiva, cuando la imputación ya los contenía; y, 3) realizó un análisis de adecuación típica para concluir que HOYOS CHAVERRA ciertamente debía responder por los punibles en mención, con las circunstancias de agravación punitiva.

El 9 de marzo de 2012 se celebró audiencia preparatoria, ocasión en la que HOYOS CHAVERRA aceptó los cargos contenidos en la acusación, manifestación que tampoco fue atendida por el juez toda vez que no estuvo conforme con la modificación que sobre la acusación había realizado la Fiscalía, al incluir la circunstancia genérica de mayor punibilidad (obrar en coparticipación criminal prevista en el artículo 58-10) en relación con

el delito de fabricación tráfico o porte de arma de fuego o municiones.

Los días 9 y 10 de mayo de 2012 se desarrolló el debate oral, el cual fue definido con sentencia condenatoria, mediante la cual se impuso a HOYOS CHAVERRA una pena de 314 meses de prisión y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un plazo igual al de la sanción principal, por el delito de homicidio simple en concurso con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, con la circunstancia genérica de mayor punibilidad prevista en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal.

La defensa interpuso el recurso de apelación contra dicha providencia, arguyendo que al fundamentarse en la aceptación de responsabilidad de HOYOS CHAVERRA, se debió reducir la pena; impugnación en cuyo traslado a los no recurrentes la Fiscalía solicitó al Tribunal retirar la circunstancia de mayor punibilidad que se aplicó en la sentencia ya que no se puede imponer condena al acusado en calidad de coautor y a la vez reprocharle haber actuado en coparticipación criminal; por lo que la petición iba encaminada a que la condena se limitara a los dos delitos sin ninguna circunstancia ni específica ni genérica de ampliación punitiva.

El recurso de apelación fue declarado desierto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta<sup>3</sup>; debiendo luego conocerlo en cumplimiento de un amparo constitucional ordenado por una Sala de Tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>; para finalmente confirmar la sentencia apelada mediante decisión de 12 de diciembre siguiente, contra la que a su vez se interpuso el recurso extraordinario que ahora se resuelve.

## I. DEMANDA DE CASACIÓN

La defensora suplente de CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA formuló dos ataques

contra la sentencia:

CARGO PRINCIPAL: Afirma la libelista que la sentencia está afectada de nulidad, ante la sistemática violación de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa de CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA, encuadrándolo dentro de la causal segunda del art. 181 del C. de P.P. “Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”.

Afirma la casacionista que de conformidad con el escrito presentado por la Fiscalía se celebró un preacuerdo entre la Fiscalía y la defensa de CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA, conforme al cual el imputado quedaría sometido a una pena de 128.4 meses de prisión.

Relata que luego de la presentación del escrito de acusación y del logro del preacuerdo, inexplicablemente apareció otro escrito de acusación diferente, que contenía una nueva circunstancia que afectaba la punibilidad y además un folio que no figuraba en el escrito inicial, en el que se hacía una relación de un elemento material probatorio que fue tenido en cuenta como prueba durante el desarrollo del juicio oral.

Aduce que el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Santa Marta cambió la calificación de los dos delitos, de simples a agravados, vulnerando así el principio de juez imparcial, y no obstante ningún juzgador fue retirado del conocimiento del asunto.

Por tanto solicita nulidad para que se dicte sentencia de reemplazo aprobando el primer preacuerdo celebrado.

Como cargo subsidiario plantea que el Ad quem incurrió en una violación directa de la ley sustancial por la falta de aplicación del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, dado que el acusado aceptó la acusación en el curso de la audiencia preparatoria,

hecho que, según la defensora, no fue tenido en cuenta por el juzgador de primera instancia, incurriendo este a su parecer en una manifiesta falsedad ideológica.

## I. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

El defensor reiteró las censuras contenidas en la demanda y solicitó nuevamente la declaratoria de nulidad, pero advirtiéndole que la misma Corte debe dictar la sentencia de reemplazo, aprobando el primer preacuerdo suscrito con la fiscalía, o, incluso el segundo.

El Fiscal, luego de realizar algunas consideraciones en torno de los preacuerdos, advierte que en el proceso de la referencia, ciertamente se presentaron dos preacuerdos, uno en la audiencia de acusación y otro en la preparatoria; pero además, en la audiencia preparatoria, en sesión de 29 de marzo de 2012, el acusado manifestó su intención de aceptar los cargos, ninguno de los cuales llegó a consolidarse en una sentencia anticipada, y en cambio (19.20 del cd de la acusación) se realizó el juicio y como consecuencia se impuso una condena por homicidio simple con tráfico o porte de arma con circunstancia de mayor punibilidad. Esto es que el juez condenó al procesado por los mismos cargos que aceptó en tres ocasiones, sin que se le hubiera concedido ninguna rebaja.

Así, considera que le asiste razón a la demandante, relacionada con la violación al debido proceso, porque los delitos sin agravación fueron fijados por la Fiscalía 12 seccional cuando solicitó la orden de captura, y también cuando presentó escrito de acusación, documento en el que de manera expresa se sustentó la omisión de circunstancias de agravación punitiva de los dos delitos; para concluir que hubo varias violaciones al debido proceso que deben ser reparadas.

Finalmente reclama de esta Colegiatura que profiera sentencia de reemplazo, aunque en estricto sentido lo que debería proceder sería la anulación del proceso, pero tal decisión supondría un perjuicio para todos los intervinientes.

La delegada del Ministerio Público concluyó que en verdad habían varias violaciones al debido proceso que debían ser remediadas por la Sala, y estructuró su intervención a partir de dos cuestionamientos: si el juez puede inmiscuirse en la calificación jurídica hecha por la Fiscalía en el escrito de acusación, en detrimento de los intereses del procesado, y si la fiscalía, una vez radicado el escrito de acusación, podría retirarlo.

Frente al primer problema, dice que el juez no puede controlar materialmente la acusación, porque tal actitud sería violatoria del principio de imparcialidad. Pero que, en esas condiciones, al realizarse la aceptación en la audiencia de formulación oral de la acusación el descuento sería de hasta el 30 % y no del 40 % como se indicó en el primero de los preacuerdos.

En relación con el segundo problema, la Delegada se mostró de acuerdo con la posibilidad que tiene la Fiscalía de retirar el escrito de acusación para propiciar una rebaja de hasta el 40 %, -apoyada en lo manifestado por esta Sala en AP, 21 mar. 2012, rad. 38256.

Concluyó, ratificando lo expresado por el casacionista y con el delegado de la Fiscalía General de la Nación, en que toda la ilegalidad del actuar de los juzgadores de instancia se concreta específicamente en querer imponer su propia calificación jurídica sobre la realizada por la Fiscalía General de la Nación, y que el agravio debe corregirse directamente por la Sala con una sentencia de reemplazo mediante la cual avale el preacuerdo que corresponda.

## I. CONSIDERACIONES

La Sala no se detendrá en los defectos de la demanda puesto que esta fue admitida y con ello, la impugnante adquirió el derecho a que se le responda de fondo sobre las censuras presentadas en contra de la sentencia de segunda instancia; por tanto se procede a analizar los cargos aducidos por la demandante.

El primer ataque formulado apunta a que durante el desarrollo de las diligencias, de manera sistemática, se presentaron violaciones al derecho al debido proceso, generando así nulidad. Por tal motivo, le corresponde a esta Sala analizar los problemas jurídicos que en desarrollo del proceso pudieron originar esta violación, no sin antes advertir que el debido proceso es un derecho de estirpe constitucional vinculado directamente con el Estado de derecho, que supone el cumplimiento de las formas propias del juicio.

El artículo 29 de la Carta Política, en relación con el derecho fundamental al 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 a la doble instancia en caso 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.

Ahora bien, dentro de la connotación de las formas propias del juicio la ley adjetiva consagra dos clases de proceso a saber, uno ordinario y otro abreviado, siendo

presupuesto de este último la renuncia al derecho a ser vencido en juicio y la aceptación de una sentencia de naturaleza condenatoria a cambio de una significativa ventaja punitiva.

Al mismo tiempo, la ley consagra dos vías de producción del proceso abreviado: una a partir de la aceptación de la imputación y la otra de la celebración de preacuerdos entre imputado o acusado con la Fiscalía. Cada una de estas posibilidades entraña una serie de pautas normativas a las que obligatoriamente debe ceñirse la judicatura.

En el presente asunto la censorsa solicita la declaración de nulidad por la violación sistemática del debido proceso y del derecho a la defensa.

La Sala ciertamente pudo constatar, como lo manifestaron al unísono el casacionista, y los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público, que en el proceso existieron varias irregularidades, originadas todas en que los juzgadores tenían su propia teoría del caso y querían imponerla sobre la de la Fiscalía, y en esas condiciones se opusieron a cualquier vía consensuada orientada a evitar el juicio.

Resulta conveniente aclarar que el primer preacuerdo era ciertamente ilegal, en tanto no sólo se modificaba la adecuación típica expresada en la audiencia de imputación -puesto que se eliminaban las circunstancias de agravación de cada delito- sino que además se reconocía un descuento del 40 % de la pena; contrariando con ello lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, según el cual, si hubiere un cambio favorable para el imputado en relación con los hechos y sus consecuencias, tal será la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

Tal y como lo denuncia el casacionista, las irregularidades fueron: 1) la desaprobación del segundo preacuerdo realizado entre el fiscal y el acusado con el argumento de no compartir la adecuación típica recogida en él, 2) el haberse abstenido el Tribunal de declararse impedido para seguir conociendo del asunto luego de emitir juicios de valor

que comprometieron gravemente su imparcialidad; y 3) el negarse a terminar el proceso cuando en el transcurso de la audiencia preparatoria el acusado aceptó los cargos.

Los jueces de instancia hicieron control material de la acusación, al negarse a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual agravaron el debido proceso previsto para los procesos abreviados.

Esto por cuanto en 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, demostrarla<sup>5</sup>.

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 rectoras<sup>6</sup>, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica.” (Resaltado fuera del texto original)

Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al

amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

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

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

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

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

Cuando el Juez Quinto Penal del Circuito de Santa Marta negó la aprobación del preacuerdo presentado en la audiencia del 10 de noviembre de 2011, con el pretexto de que, en su sentir la Fiscalía tenía como probar las circunstancias de agravación mencionadas; trasgredió los marcos de su competencia y se alinderó en los de la Fiscalía, violando el debido proceso.

Dicha infracción del debido proceso fue reiterada cuando en el curso de la audiencia preparatoria, realizada el 9 de marzo de 2012 (minuto 19.20 del récord), hizo caso omiso a la aceptación de cargos hecha por el acusado HOYOS CHAVERRA, absteniéndose de activar, también en esta ocasión, el trámite del proceso abreviado; tal como lo resaltó la misma Fiscalía en su intervención oral en este recurso extraordinario.

Pero la afrenta se hizo más intensa con la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta proferida el 1º de marzo de 2012, en la que al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto mediante el cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento improbió el segundo preacuerdo, se pronunció con consideraciones propias de la Fiscalía, instruyéndola como si fuera su superior; sino que además realizó el ejercicio de adecuación típica como si se tratara de la sentencia condenatoria, violando por completo la garantía de imparcialidad de que eran titulares las partes.

En uno de los párrafos de tal decisión, el Tribunal concluyó:

“En segundo lugar, se observa que la circunstancia de agravación punitiva que se deduce de la situación fáctica y que se acomoda a la legalmente establecida, en lo que atañe al delito que atenta contra el bien jurídico protegido a la seguridad pública es la consagrada en el numeral 1 del artículo 365-4, que dice: “Utilizando medios motorizados”, al establecerse que el hoy acusado fue el encargado de conducir el vehículo automotor con el que se cometió el punible, tal como se acredita con elementos

materiales probatorios obrantes en la foliatura –entrevista y diligencias de reconocimiento en fila de persona vertida por Marta Lucía Tejada Mattos-.”

Al realizar esta conclusión antes de iniciar el juicio, se menoscabó la garantía de imparcialidad que tenía el acusado y, en su lugar, se tuvo claro el pronóstico de la sentencia que se emitiría.

En suma, constata la Sala la violación del derecho fundamental al debido proceso por el ejercicio del control material de la acusación de la Fiscalía, por parte del juzgador en los términos anteriormente referidos, al improbar el segundo preacuerdo.

Pero una nueva vulneración al debido proceso advierte la Sala, consistente en la omisión del Tribunal de declararse impedido para seguir conociendo de dicho asunto, en el que prácticamente ya había emitido sentencia condenatoria antes del inicio del debate público.

Y si bien el juez si solicitó ser separado del cargo, lo cual le fue negado en una decisión altamente cuestionable, es de notar que la Sala del Tribunal no hizo lo mismo.

Frente a una situación similar esta Sala manifestó, al declarar probada una recusación, en AP de 3 de diciembre de 2009 Radicado 32826, lo siguiente:

Una primera cuestión que abordó el Tribunal fue la existencia de la flagrancia para concluir que se produjo la captura en tal situación; para lo cual agotó el juicio de tipicidad, lo que resulta suficiente para considerar que se produjo una anticipación en el análisis, lo que hace que su participación en el proceso sea de tal intensidad que ya ha comprometido su criterio en tal sentido.

Concluyó el Tribunal en reconocer la existencia del delito, lo cual hizo luego de analizar el tiempo y la forma de su ejecución y de consumación de la conducta investigada;

situación que resulta suficiente para afirmar que dicha Sala de Decisión comprometió anticipadamente su criterio en una especie de prejuizgamiento nocivo, dejando huérfana cualquier expectativa de imparcialidad en relación con dichos tópicos.

Es claro dentro del presente asunto, que en sus distintas providencias, tanto el juez como el Tribunal, siempre sostuvieron que HOYOS CHAVERRA participó en la comisión del delito e incluso, precisaron las circunstancias en que lo hizo, lo cual acababa con cualquier atisbo de imparcialidad, y no obstante siguieron adelante con el proceso, al punto que el juez presidió el juicio “imparcial”, y el Tribunal se ocupó del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria, no sin antes intentar eludirlo con el argumento de la insuficiente sustentación, situación que fue oportunamente corregida por una Sala de Tutelas de esta Corporación.

Esta Sala es enfática en afirmar 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”<sup>7</sup>, lo cual, en el presente caso ha quedado demostrado.

La Corporación no puede pasar por alto la ocasión para llamar la atención sobre la necesidad de que el sistema procesal que nos rige fluya de manera ágil por la vía abreviada, única forma de garantizar su operatividad; propósito al que hacen flaco favor actitudes como las de los juzgadores de instancia en el asunto de la referencia.

Del mismo modo, el actuar irregular de la fiscal, consistente en retirar el escrito de acusación en la audiencia dispuesta para su formulación oral adelantada el 8 de agosto de 2011, con el fin de presentar un preacuerdo -tardío para conseguir la aprobación de la

rebaja de pena del 40%, esto es, superior a la tercera parte-, no favorece el buen funcionamiento de la administración de justicia, ni contribuye a conservar su prestigio, seriedad e importancia, los cuales la Fiscalía debe engrandecer mediante la correcta y responsable aplicación del instituto de los preacuerdos y las negociaciones, así como evitar su cuestionamiento, en orden a fortalecer la legitimidad del poder judicial.

Siendo la nulidad un remedio extremo, solo puede declararse en presencia de los principios que la orientan, de suerte que solamente es susceptible de ser alegada por los motivos expresamente previstos en la ley (taxatividad); no puede invocarla 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 la alegue 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 instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto a la invalidación, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

En principio, las vulneraciones al debido proceso que se presentaron en el asunto objeto de decisión darían pie a que se analizara la posibilidad de invalidar la actuación, sino fuera porque, en atención al último de los mencionados principios, el de residualidad, la Corte observa que no es necesario acudir a esa medida extrema para restablecer el debido proceso de HOYOS CHAVERRA; más aun cuando el casacionista concreta su inconformidad en la desaprobación de los acuerdos, por lo cual solicitó a la Corporación casar la sentencia y dictar el fallo de reemplazo, precisamente reconociéndole validez al primero, o en su defecto al segundo, petición en la que coincidieron los representantes, tanto de la Fiscalía como del Ministerio Público en el curso de la sustentación oral de este trámite extraordinario.

Le corresponde ahora a la Sala analizar la legalidad del segundo preacuerdo alcanzado entre la Fiscalía y el acusado, esto es, aquel presentado el 10 de noviembre de 2011, toda vez que, como ya se advirtió, el primero, vale decir, el que había sido presentado el 8 de agosto anterior es ilegal por cuanto no se podían modificar los cargos de la imputación y además otorgar la rebaja del 40 % sobre el monto de la pena sin contrariar el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, a lo largo de este proveído, esta Corporación ha venido refiriéndose al segundo de los consensos, esto es, el formalizado en la audiencia de 10 de noviembre de 2011, respecto del cual se ha podido constatar que las condiciones de información, voluntariedad y capacidad del procesado al momento de su celebración, estuvieron ajustadas a las exigencias constitucionales y legales.

De cara al análisis de la legalidad del mencionado preacuerdo la Sala encuentra que la adecuación típica formulada por la Fiscalía corresponde a homicidio simple (artículo 103), sancionado con una pena que va de 208 a 450 meses de prisión -ya incluido el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004-, en concurso material con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (artículo 365, modificado por el canon 38 de la Ley 1142 de 2007)), conducta que tenía prevista para la época, pena de prisión de 4 a 8 años; con la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el art. 58.10 del Código Penal (obrando en coparticipación criminal).

El ejercicio de individualización de la pena de prisión consignado en el preacuerdo, según el cual se fijan 208 meses por el delito de homicidio, el que se aumenta en 6 meses por el punible contra la seguridad pública, se encuentra ajustado a las disposiciones de los artículos 59, 60 y 61 del Código de las penas, lo mismo que a la forma en que se dosifica la sanción cuando se está frente a un concurso de delitos, prevista en el artículo 31 del mismo texto legal; por lo que el monto de los 214 meses como pena básica a imponer, se encuentra acertado; sin que sea procedente ocuparse de

la adecuación típica realizada por la Fiscalía, por las razones que se expusieron en extenso en líneas anteriores.

Sobre los 214 meses se acordó una reducción de la tercera parte, quedando así en 142 meses y 20 días de prisión, lo cual se aviene a lo previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que si se realiza luego de presentada la acusación, la reducción será de una tercera parte.

En conclusión, el mencionado preacuerdo se considera ajustado a derecho y por tanto se le imparte aprobación, toda vez que en su confección se cumplen los parámetros previstos en los artículos 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, normas cuya falta de aplicación se encuentran en el sustrato de la censura contenida en el primer cargo de la demanda que ahora se resuelve.

La decisión de esta Sala de proferir el fallo de reemplazo impartiendo la aprobación del mencionado preacuerdo no violenta el eventual derecho de las víctimas de manifestarse sobre el mismo, ya que han tenido toda la posibilidad de referirse a aquel desde su presentación, a lo cual han renunciado guardando silencio permanente; más aún cuando la Corporación ya se ha ocupado del interés que tienen para solicitar una pena más alta; al señalar (AP de 30 de noviembre de 2011 Radicado 36901):

Como nítidamente se expresa en el precedente citado<sup>8</sup>, es claro que en aquellos asuntos en los que la investigación y juzgamiento de un delito termina -por la vía normal o anticipada- con sentencia condenatoria, la parte civil no siempre tiene interés para impugnarla, sobre todo si lo hace con el exclusivo propósito de que se irroque una sanción más gravosa y se niegue cualquier sustituto o subrogado al penado, pues los valores de verdad y justicia, no tienen relación intrínseca con el monto de pena o el modo de ejecución de la sentencia. En verdad, siempre que la adecuación típica sea la correcta y la sanción penal se determine discrecionalmente dentro de los límites punitivos y

los criterios de individualización consagrados por el legislador, los fines superiores reseñados quedarán satisfechos con la declaración de responsabilidad penal del procesado por el juzgador y la imposición de la pena correspondiente.

Así las cosas, se casará parcialmente la sentencia impugnada, y en su lugar, se declarará que las penas que se imponen a CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA por el homicidio de Luis Marcelino Tejada Mattos, en concurso material con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, son de 142 meses y 20 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Se negará la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por cuanto la sanción privativa de la libertad impuesta excede ampliamente el margen punitivo previsto por el Legislador para su eventual reconocimiento.

No se analizará el cargo subsidiario planteado por carencia de objeto.

## I. DECISIÓN

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

### RESUELVE

1. Casar parcialmente la sentencia y en su lugar aprobar el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y CRISTIAN ANDRÉS HOYOS CHAVERRA, en cumplimiento del cual se le condena a 142 meses y 20 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción principal, como responsable del homicidio de

Luis Marcelino Tejada Mattos, en concurso material con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones.

1. No conceder a Cristian Andrés Hoyos Chaverra la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1. Líbrense las comunicaciones pertinentes a las autoridades indicadas en el artículo 166 del C. de P.P., para lo cual se comisiona al juzgado de conocimiento, además para que cumplido lo anterior, remita las diligencias al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad que corresponda.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Mediante auto de 9 de septiembre de 2011.

2 Por proveído de 21 de septiembre de 2011.

3 Mediante auto de 22 de agosto de 2012, en el que se inhibió de analizar de fondo el recurso interpuesto.

4 Aprobado en Acta de 18 de septiembre de 2012, suscrito por los magistrados, doctores José Luis Barceló Camacho (ponente), Fernando Alberto Castro Caballero y María del Rosario González Muñoz.

5 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.

6 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”.

7 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Perote Pellón c. España, de 25 de julio de 2002.

8 Reiterado en auto del 6 de junio de 2007, radicación 27.278, auto del 27 de junio de 2007, radicación 27.177, auto del 24 de octubre de 2007, radicación 24.561.