



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 111

(Sesión del 30 de agosto de 2016)

Radicado: 05-001-60-00000-2015-44060
Sentenciado: Héctor David Martínez González
Delito: Homicidio
Asunto: Defensa recurre sentencia solicitando el reconocimiento de la prisión domiciliaria
Decisión: Revoca de manera parcial

Medellín, 13 de septiembre de 2016

(Fecha de lectura)

1. Objeto de decisión

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó el Fiscal delegado contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Medellín por la cual se declaró penalmente responsable a Héctor David Martínez González del delito de Homicidio.

2. Hechos

Tuvieron ocurrencia el 4 de septiembre de 2015, a eso de las 06:00 a.m., en la calle 66 E número 39-84 del barrio Villahermosa de la ciudad, concretamente en las instalaciones del Batallón Atanasio Girardot. Los soldados SILVIO MORENO RENTERÍA y HÉCTOR DAVID MARTÍNEZ GONZÁLEZ, protagonizaron una riña que en principio se detuvo en virtud de la intervención del suboficial de guardia y otros miembros de la institución castrense. Sin embargo, entre los soldados continuaron las provocaciones, al punto de darse a entender por el primero de los nombrados, la utilización de un arma cortopunzante, conllevando con esto a que a eso de las 7:55 horas de ese mismo día, MARTINEZ GONZÁLEZ, al ver a su oponente provisto de una

navaja, tomara un fusil y abriera fuego en contra de aquel, hiriéndolo en una pierna y siguiéndolo hasta el alojamiento en donde a pesar de los ruegos, terminó con su vida, propinándole 10 disparos en ráfaga en cabeza, cuello y región torácica.

3. Actuación procesal

Ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Medellín, se llevó a cabo la audiencia preliminar de Formulación de Imputación en contra de Héctor David Martínez González, por la conducta de *Homicidio* (art.103), en calidad de autor.

El mencionado procesado no aceptó los cargos, en razón de lo cual la carpeta fue repartida para su conocimiento al Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de la ciudad, contentiva de escrito de preacuerdo que hace las veces de escrito de acusación.

Avocado el conocimiento del asunto, se dispusieron las diligencias para realizar la audiencia de presentación y aprobación del acuerdo, misma que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2015. Por su parte, tanto la audiencia destinada para la individualización de la pena y sentencia, así como la lectura de fallo, tuvieron ocurrencia en la sesión del 20 de enero de 2016.

3.1. Sentencia de primera instancia

Acorde con los términos del acuerdo, la Juez de primera instancia emitió sentencia de carácter condenatorio acogiendo la circunstancia de ira o intenso dolor imponiendo como sanción, la pactada, esto es, 108 meses de prisión.

Le fue concedida la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural bajo el entendido que por habersele concedido la circunstancia diminuyente de punibilidad, el análisis del subrogado debía efectuarse atendiendo a los nuevos extremos punitivos que ya no iniciaban en 400 meses sino de 66.66 meses de prisión, de ahí que se cumple con el requisito objetivo que prevé el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, por ser la pena mínima prevista en la ley, 29.34 meses, inferior al límite legal permitido, aunado a que el delito de homicidio no se encuentra enlistado en el artículo 68 A *Ibídem*.

3.2. Del recurso

3.2.1. Argumentos del fiscal recurrente

Dentro del término legal, el fiscal interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la providencia de primer grado, básicamente manifestando su inconformidad con la decisión de conceder a Martínez González, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural.

Señaló que el Juez no interpretó a cabalidad los presupuestos establecidos en los artículos 38 y 38B de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 22 o 23 de la Ley 1709 de 2014, puesto que *i)* le confirió valor probatorio que no tienen a los elementos aportados para demostrar el arraigo y, *ii)* con la concesión de la prisión domiciliaria se generó un doble beneficio para el procesado que implica el desconocimiento de la normatividad que rige los preacuerdos.

Respecto del primer aspecto manifestó que no existía arraigo alguno que indicara que el procesado podía cumplir la sanción impuesta puesto que cuando fue capturado estaba prestando servicio militar en el Batallón Atanasio Girardot y allí era su actual domicilio.

Atinente al segundo tópico, manifestó que la intención de realizar el preacuerdo fue el pactar una pena que fuera razonable y justa con el tipo de infracción realizada además que estaba enterado el procesado de que no se le concedería la prisión domiciliaria y que la contraprestación sería el descontar la condena de manera intramural.

Estima que resulta alejado de la realidad y desconoce los parámetros legales el hecho de otorgar una interpretación que trasgreda lo pactado, es decir, fijar un nuevo límite punitivo cuando el reconocimiento del amplificador del tipo fue el parámetro para realizar la tasación de la pena, de modo que, el hecho de que vuelva el Juez a analizarlo implica retrotraerse a un aspecto ya pactado lo que genera que concurren dos beneficios.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problema jurídico

La Sala determinará si i) el acuerdo presentado se enmarca dentro de criterios de legalidad y no vulneración de derechos fundamentales y ii) si la modalidad bajo la cual se presente el preacuerdo, se hace extensible a todo lo que de suyo se derive.

Para la resolución de los problemas jurídicos se abordarán, en el siguiente orden, cuatro temas: i) Finalidades de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado; ii.) Línea jurisprudencial respecto de la justicia negociada desde los albores de la Ley 906 de 2004 iii.) El principio de legalidad como límite insoslayable de los preacuerdos; iv) Derechos de las víctimas en el proceso penal desde la perspectiva del principio de legalidad, v.) Toma de postura de la Sala y análisis del caso concreto.

4.3. Valoración y solución de los problemas jurídicos

4.3.1. Finalidades de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado

El Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificó el Procedimiento Penal, se funda en la concepción de un sistema de tendencia acusatoria que se erige sobre los postulados de separación de funciones correspondiéndole a

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

la Fiscalía General de la Nación, iniciar y proseguir en el ejercicio de la acción penal y en este sentido, presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías².

Bajo este esquema, el fin del proceso penal supone, como uno de los roles del Juez, la emisión de una sentencia justa a la que se llegue en medio de un escenario rodeado del lleno de garantías, como a las que se hizo alusión, que implican la terminación del proceso con el agotamiento de todas las etapas procesales.

No obstante, en el proceso penal se introdujo el sistema premial de los preacuerdos, que aboga por la terminación anticipada bajo el entendido de renunciaciones bilaterales. De la Fiscalía, quien representa los intereses del Estado y del procesado asesorado por la defensa técnica; que conllevan, para la primera de las partes, abdicar de la plena pretensión punitiva y para la segunda, renunciar a las garantías que supone la exposición del caso en juicio oral y a desarrollar una estrategia defensiva.

Más allá de las amplias críticas que se han hecho en su contra por considerarlo un mecanismo exógeno al sistema penal de tendencia acusatoria que solo pretende el eficientismo terciando como coste el sacrificio de las garantías del debido proceso, legalidad y derecho de defensa, existe amplio respaldo en nuestro ordenamiento jurídico, no solo por la determinación del legislador de introducirlo, sino además por el aval de la Corte Constitucional³.

La teleología dentro de la que se enmarca, pasa por la consideración de la obtención de una justicia célere, la humanización de la actuación procesal y la pena. La primera, en atención a los costes que representa para el Estado el adelantamiento de la investigación tendiente a lograr la declaratoria de responsabilidad donde medie el agotamiento de todas las etapas procesales que conforman el juzgamiento, de ahí que se pretenda la eficacia en lo que se refiere a la resolución pronta de las indagaciones e investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, contribuyendo con ello a

² Artículo 2, numeral 4 del Acto legislativo 03 de 2002

³ Ver, entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005.

paliar la congestión como hecho innegable que padecen los despachos judiciales.

La segunda, bajo el entendido de la prohibición de instrumentalización del ser humano a fines externos a él mismo y de la consideración de la afflictividad que presupone la imposición de una sanción penal ya que además del efecto simbólico que apareja, la pena de prisión en sí encierra una gran cantidad de restricciones respecto de derechos fundamentales, de modo que con la justicia premial se busca aminorar los efectos adversos que lleva implícitos.

En uso de este mecanismo, el procesado participará en la definición de su caso y propiciará la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto⁴, renunciando a su derecho a ser escuchado y a presentar las pruebas de descargos en la audiencia de juicio oral y público bajo la mira de la obtención de un acuerdo que en todo caso supondrá la imposición de una pena inferior a la que se vería abocado si saliera avante la teoría del caso de la Fiscalía.

Lo anterior significa que la Fiscalía podrá consensuar con el imputado o acusado, la obtención de un beneficio a cambio de la manifestación de culpabilidad.

Ahora, esa manifestación de culpabilidad hecha por el procesado precedido de la presentación de una fórmula de arreglo tendiente a la obtención de una rebaja de pena, si bien supone la dimisión a algunas prerrogativas enmarcadas dentro del derecho de defensa⁵, está sujeto a control jurisdiccional que funge como respaldo de que i) exista un mínimo probatorio en que se cimiente el acuerdo⁶, ii) no se vean quebrantados derechos fundamentales⁷ y iii) la

⁴ Cfr. art 349 de la Ley 906 de 2004- **Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado**: En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

⁵ Artículo 8 de la Ley 906 de 2004: En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: literal l) Renunciar a los derechos consagrados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

⁶ Cfr. CSJ SP, 23 ago. 2007, Rad. 27337. "Precisamente, como soporte constitucional y legal del presupuesto material demandado para emitir fallo de condena en los casos de acuerdos y preacuerdos, advierte el artículo 327 del C.P.P., que a fin de no comprometer el principio de

manifestación del sujeto pasivo del derecho penal, sea libre, consciente y voluntaria respecto de las consecuencias que acarrearán la admisión de su responsabilidad.

Igualmente, si bien está pensado en principio para el procesado, el preacuerdo no puede suponer el desconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal, de ahí que tanto el Fiscal que lo presente, como el Juez de Conocimiento, deben velar por el respeto de los derechos no solo del acogido, sino también de aquellas.

Una tal forma de entender el sistema de preacuerdos supone que deben enmarcarse dentro de un marco de legalidad y razonabilidad y de ello habremos de ocuparnos a continuación.

4.3.2. Línea jurisprudencial respecto de la justicia negociada desde los albores de la Ley 906 de 2004

Desde la entrada en vigencia del nuevo esquema procesal penal de tendencia acusatoria, la Corte Suprema de Justicia ha abordado el tema, en principio, sobre la temática de lo que puede ser objeto de acuerdo y de manera reciente, sobre sus alcances.

4.3.2.1. Criterios jurisprudenciales sobre lo que puede ser objeto de acuerdo:

1. Cuando el objeto el acuerdo se circunscribe a una rebaja de pena, el Fiscal deberá tener en cuenta la etapa del proceso en la que se presente. Habrán de considerarse los diversos momentos en que fue regulada la figura de la aceptación de cargos, respectivamente, la audiencia formulación de imputación, la audiencia preparatoria y la de juicio oral y público.

presunción de inocencia, en estos eventos debe allegarse el mínimo requerido en aras de *“...inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*.

⁷ Inciso final del artículo 351 del C. de P. Penal: “Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”

Si el consenso se presenta en la audiencia de Formulación de Imputación, el monto de rebaja podrá ser de hasta la mitad (art 288-3 y 351 del C. de P. Penal) sin que en todo caso pueda ser inferior a la tercera parte, acorde lo presupuestado por el artículo 356-5 *Ibídem*. Si se presenta en la audiencia preparatoria, será de hasta la tercera parte, sin que pueda ser inferior a la sexta parte, guarismo último que aplica de manera exclusiva al juicio oral (art. 367 inc. 2)⁸. Estos montos deberán ser reinterpretados acorde con la sentencia C 645 de 2012, que declaró exequible el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

También es de indicar que puede ser objeto de acuerdo la cantidad de pena imponible, teniendo como límite el principio de legalidad de los delitos y las penas, y de esta manera se ata al Juez a imponer la pena pactada prescindiendo de la facultad de tasarla según los términos que debe observar contemplados en los artículos 60 y 61 del C. Penal, ello en atención a la preceptiva contenida en el párrafo del artículo 61 que establece que el sistema de cuartos no se aplicará en los eventos en los cuales se han llevado a cabo o acuerdos o negociaciones entre fiscalía y defensa.

2. Cuando el acuerdo se circunscribe a fijar los términos de la imputación

el Fiscal puede modificar las condiciones jurídicas que dieron origen a la vinculación en el proceso penal, reconociendo circunstancias que necesariamente conducen a la imposición de una pena menor. Se hace referencia a los elementos amplificadores del tipo, causales diminuentes de reproche penal en sede de culpabilidad o el reconocimiento de causales que aminoran el injusto por considerarse excesos injustificados respecto de las causales de ausencia de responsabilidad por no antijuridicidad.

En este sentido, el año 2006 la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia que va a ser fuente de cita de posteriores decisiones. Se trata de la proferida el 10 de mayo del año 2006 bajo el radicado 25.389, en la que haciendo referencia al objeto de la demanda de casación dijo que los preacuerdos tienen como objeto *fijar los términos de la imputación*, de ahí que estableció, pueden ser objeto del convenio:

⁸ CSJ SP, 14 dic, 2005. Rad. 21347

“[e]l grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”

Por su parte, el artículo 351 del Código Procesal establece que se podrá llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, de lo que se deriva que **también pueda acordarse sobre la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria**, siempre y cuando no exista una voluntad inequívoca del legislador para no conceder este tipo de beneficios en razón de la naturaleza del delito⁹.

En este caso no se trata de la concesión de un doble beneficio puesto que los subrogados no hacen parte de la legalidad de los delitos y las penas, comoquiera que se trata de derechos que tiene el procesado y que no hacen parte del factor pena, de modo que pueden ser pactados de manera concurrente, sin que ello riña con la preceptiva del inciso 2 del artículo 351 del C. de P. Penal.

Sobre este específico punto manifestó:

“Igualmente, conforme a lo anteriormente expuesto, resultaba legalmente admisible que se pactara el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por cuanto a más de encontrarse dentro del ámbito de los preacuerdos aquellas negociaciones referidas a la modificación en las condiciones para la ejecución de la pena privativa de libertad, se comprende sin dificultad que con su reconocimiento en el sub júdice no se vulnera la limitante consagrada en el inciso segundo del artículo 351 del C.P.P. en los siguientes términos: “Si hubiera un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, puesto que los subrogados y beneficios judiciales o administrativos no hacen parte del factor pena ni se constituyen en elemento

⁹ Cfr. SCJ SP, 1 jun. 2006, Rad. 24764.

para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena¹⁰.¹¹

Por último en relación con los preacuerdos que conllevan a establecer la pena a imponer, se ha determinado que **cuando la modalidad del acuerdo suponga un cambio favorable en relación con la pena a imponer, ésta será la única rebaja compensatoria por el acuerdo,**¹² y, en consecuencia le está vedado al Juez de Conocimiento que revise los términos del acuerdo, aprobarlo cuando de manera adicional al pacto sobre la tasación de pena, se presente otro beneficio de manera concurrente, teniendo como sustento la vulneración del principio de legalidad.

3. Otra modalidad de acuerdo consiste en la potestad del Fiscal de tipificar la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena. En este caso se incluye tanto la degradación de la conducta por una que suponga una pena inferior siempre que esté relacionada con los hechos del delito inicial imputado, como la eliminación de un cargo específico o circunstancia de agravación punitiva.

Sobre este particular aspecto ha sido enfática la Corte Constitucional quien ha determinado que en atención a la reserva de ley en materia penal, es únicamente el legislador quien cuenta con la potestad de crear tipos penales acorde con la política criminal del Estado. Por tanto, cuando el Fiscal utilice esta forma para la presentación del acuerdo deberá siempre, en atención al respeto por el principio de legalidad, hacer la readecuación típica tendiente a lograr una disminución punitiva teniendo como punto de partida y límite, la situación fáctica que dio origen al proceso penal. Es decir, no puede el Fiscal acomodar tipos penales desvinculados del supuesto de hecho que se investiga.

¹⁰Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 8 de julio de 2009, radicación No. 31531.

¹¹ CSJ AP, 20 nov. 2013, Rad. 41570.

¹² CSJ AP, 16 may. 2007, Rad. 27218, Esta norma señala en su inciso 2 que las partes en mención podrán llegar a un acuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Y que si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, **esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.**

Esta situación fue la ocurrida en el presente asunto, en el cual la defensa y la Fiscalía pactaron como única rebaja punitiva compensatoria, en los términos del inciso 2° del artículo 351 del cpp, el cambio favorable de tipificación al degradar el cargo de homicidio agravado tentado por el de lesiones personales”

Sobre esta modalidad, se ha pronunciado la Corporación que viene de anunciarse:

“En armonía con lo anterior se pronunció la Corte Constitucional cuando revisó la exequibilidad del numeral 1º del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, ocasión en la cual prohijó el criterio según el cual ni aun en los casos de negociación entre la fiscalía y el acusado le resulta válido al ente acusador seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que debe “obrar de acuerdo con los hechos del proceso”. El siguiente es el texto, en lo pertinente, de dicha decisión:

“...se le permite (al fiscal) 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.

“...aquel (el fiscal) no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta (léase imputar), pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal”¹³ (destaca la Sala).”¹⁴

Las anteriores posibilidades de acuerdo se derivan de la interpretación de los artículos 350 y 351 del estatuto procedimental, siendo este el tema de discusión durante mucho tiempo desde la implementación del sistema acusatorio.

4.3.2.2. Criterios jurisprudenciales sobre los alcances del preacuerdo

De manera reciente la Corte Suprema de Justicia viene entendiendo que el acuerdo presentado constituye *per se* una modificación que debe hacerse extensiva a las consecuencias que se deriven del mismo. De manera que aunque el arreglo se circunscriba a la cantidad de pena a imponer; a la tipificación de la conducta de manera menos gravosa; o a los términos de la imputación, el Juez deberá reconocer aspectos que sean consecuencia directa de lo acordado, teniendo como argumento el hecho de que se deben respetar sus términos siempre que no existan vicios en el consentimiento o vulneración de derechos y garantías fundamentales.

En este contexto entiende que cuando el objeto del acuerdo se presente bajo la modalidad de *tipificación de la conducta con miras a disminuir la pena*, el delito

¹³ Corte Constitucional, Rad. C-1260 de 2005.

¹⁴ CSJ SP, 3 abr. 2008, Rad. 28998.

por el cual se debe declarar la responsabilidad no es por el cometido sino el acordado, o que si lo que se reconoció fue una degradación en la forma de participación en la conducta punible, bajo la modalidad de *fijar los términos de la imputación*, deberá declararse la responsabilidad bajo el título consensuado, no por el real.

Ejemplificativo de lo anteriormente expuesto, la providencia proferida por esa Corporación el pasado 24 de febrero en el radicado 45.736 abordó la discusión respecto de la prohibición de reforma en peor o *no reformatio in pejus* en un caso en que el procesado al que le fue endilgada la comisión del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a título de coautoría*, le degradaron en virtud de un preacuerdo el grado de intervención, a cómplice. Como consecuencia, la Juez de primera instancia lo condenó bajo esta última modalidad.

La decisión fue recurrida y confirmada por el Juez colegiado con la aclaración de que el acusado era en realidad coautor, no cómplice y que ésta última calificación obedecía únicamente al arreglo concertado.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, en aras de la conservación del principio de no reforma en peor, afirmó la asertividad en el pronunciamiento de la Juez de primera instancia, quien actuó *en perfecta concordancia con el preacuerdo celebrado por las partes*¹⁵, emitiendo sentencia condenatoria que determinaba la responsabilidad en el hecho como interviniente, que no como coautor.

Ilustra igualmente el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia, el siguiente apartado jurisprudencial:

“4.1. Los juzgadores examinaron la procedencia de la prisión domiciliaria a la luz de la Ley 1709 de 2014, por considerar sus disposiciones, en concreto, las relativas al factor objetivo, más favorables. Sin embargo, para arribar a esa conclusión partieron de premisas erradas, esto es, que el marco punitivo a tener en cuenta para esos efectos, es el previsto para el autor, cuando lo correcto es observar el del cómplice.

¹⁵ En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en las siguientes providencias: CSJ SP 2168-2016, 24 feb. 2016, Rad 45736, CSJ SP931-931-2016, 3 feb. 2016, Rad. 43356.

(...)

4.2. Tal planteamiento se muestra incoherente frente a lo acordado por las partes en el preacuerdo, toda vez que allí no se convino una pena alternativa, como lo sugiere el ad quem, ni se estipuló el reconocimiento de un mero descuento punitivo, sino la aceptación de cargos a cambio de que se degradara la forma de participación de coautor a cómplice.”¹⁶

También, la misma corporación, en criterio mayoritario dentro del radicado 46.101., determinó que cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «*examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice*».

Así, las providencias recientes que sobre el tema de los preacuerdos se han emitido por el Alto Tribunal aceptan que lo acordado por las partes debe ser declarado para todos los efectos por el Juez de Conocimiento. Esta posición mayoritaria dentro del radicado 45.736 y del 46.101., fue objeto de Salvamento de Voto por el Magistrado Fernández Carlier¹⁷, el cual a grandes rasgos expuso:

i) Cuando el objeto del consenso sea el reconocimiento de una rebaja de pena, el procesado acepta su responsabilidad por el delito imputado y la pena a imponer será por la cantidad o rebaja pactada.

ii) Cuando el acuerdo suponga la degradación de la conducta imputada, el procesado se declara culpable del delito o conducta imputada, pese a la eliminación de algún cargo específico o de alguna circunstancia de agravación, debiendo imponerse la pena que corresponda al cambio.

iii) En igual sentido debe procederse cuando se trata de una readecuación típica no obstante que el artículo 350 del C. de P. Penal establezca que “el imputado se declarará culpable del delito (...) relacionado con pena menor” so pena de vulneración de los derechos de las víctimas.

Es decir, la inteligencia que guía el pensamiento del Magistrado disidente se

¹⁶ CSJ SP 2168-2016, 24 feb. 2016, Rad. 45736.

¹⁷ CSJ SP 7100-2016, 1 jun. 2016, Rad. 46101. También puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP2168-2016, Rad. 45736, con Salvamento de Voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier.

dirige a apartarse de la posición mayoritaria en el sentido de que la aceptación de cargos lo es por el delito imputado, independiente del acuerdo a que se llegue y que éste último tendrá efectos únicamente para la imposición de la pena menor que en todo caso supone.

4.4. Toma de postura de la Sala

En primer lugar es importante considerar que la Fiscalía en medio de sus facultades dispositivas frente a la presentación de preacuerdos no puede perder el norte, cual es el valor justicia, el respeto por el principio de legalidad y por los derechos de las víctimas, puesto que no se trata de hacer concesiones que burlen el sistema. En este sentido debe hacerse hincapié en que el objeto del acuerdo debe ser razonable de manera que sea un proceso de reflexión respecto de lo que está en juego, que sea la consecuencia de una deliberación consciente de cada parte y no una irreflexiva forma de proceder con miras a la terminación del proceso a cualquier costo.

Así, no es la misma valoración que debe realizar el Fiscal en un caso que no tiene mayor complejidad probatoria, en el que cuenta con toda la prueba para sacar adelante una sentencia de carácter condenatoria, que no reviste mayores dificultades en términos no solo jurídicos sino además de tiempo requerido para agotar el procedimiento ordinario, entre otras; que en aquellos casos en que sucede todo lo contrario, porque visto de ese modo, la actuación de un Fiscal que así procede, desdice del prestigio que le debe a la Administración de Justicia, como servidor suyo, entregando de manera burlesca beneficios que no se compadecen con la gravedad del injusto que se le reprocha al sujeto activo.

Hecha esta anotación, en segundo lugar, entiende la Sala que la justicia premial fue concebida para hacer menos gravosa la situación del procesado exclusivamente en términos punitivos -de quantum de pena-, de modo que se comparte el razonamiento del magistrado disidente que entiende que la aceptación de responsabilidad lo es por el delito imputado y lo acordado acarreará sus consecuencias sólo para el descuento en términos de cantidad de pena.

Esta posición ha sido apoyada por otras Salas de ésta corporación. Así en Sala en que funge como MP. Luis Enrique Restrepo Méndez, se aparta del criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia arriba expuesto, aclaró que:

“Los fines de los preacuerdos respecto de los acusados tienen que ver con aligerar sus penas, no modificar la realidad de sus comportamientos, ese es el fondo del asunto y desde esa perspectiva debe entenderse, de allí que la forma de evitar ese tipo de desafueros es simple, pero no por ello caprichosa o arbitraria, y consiste en que la sentencia debe proferirse por el delito realmente cometido.”¹⁸

La interpretación extensiva que viene apoyando la posición mayoritaria de la CSJ, podría conllevar a consecuencias atentatorias del principio de legalidad y de los derechos de las víctimas en el proceso penal al declarar como real, lo que sólo constituye el medio por el cual se hizo posible la aceptación de cargos del procesado.

De tenerse por válida tal interpretación estaríamos ante el socavamiento de la estructura misma de la dogmática y de la teleología de la justicia premial, de modo que de las diversas modalidades que pueden acordarse el límite estará dado por la observancia de las finalidades del acuerdo. Además, por el respeto del principio de legalidad, así como por la no vulneración de derechos como el de la igualdad y los que han sido reconocidos dentro del proceso penal a las víctimas, tal como de manera seguida se expondrá, puesto que ningún instituto del Código Penal o de Procedimiento Penal puede leerse de manera aislada o en contravía de los principios rectores de la actuación, que como bien se sabe, prevalecen y son fundamento de interpretación de la norma.

4.4.1. El principio de legalidad como marco y límite insoslayable de los preacuerdos

Este principio rige en nuestro ordenamiento jurídico por disposición del artículo 29 superior, y por la integración normativa a que de manera expresa remite la Carta Fundamental en el artículo 93¹⁹ y se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos del

¹⁸ , Cfr. Radicado 050016000206201559468

¹⁹ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

10 de diciembre de 1948²⁰, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de New York del 16 de diciembre de 1966²¹, dejando entrever las diversas acepciones del término que recurren no solo al entendimiento de la tipicidad como exigencia de la existencia de ley escrita y previa, sino además, de no vulneración del principio de non bis in ídem y al mandato que supone la vinculación de la actuación de todos los funcionarios judiciales a la ley, de ahí que estén compelidos a desarrollar su labor acorde con los parámetros y límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Además, en materia penal, trae de suyo una garantía tanto para el infractor de la ley como para el general de los integrantes de la sociedad, de contención de arbitrariedades y la expectativa de una justicia demarcada en unos contornos previamente definidos, sin sorpresas respecto de las posibles consecuencias estimables luego de la *declaración del derecho* o, en otras palabras, del ejercicio de la *jurisdicción*.

Se trata de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites. Además de que los ciudadanos conozcan cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que esas consecuencias le van a ser aplicadas²².

²⁰ Artículo 11 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

²¹ Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

²² Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General, séptima edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 98.

Para lo que interesa en esta decisión, como requisito indispensable para su observancia, la imputación debe contener todos los extremos jurídicos que correspondan a los hechos conforme a un correcto proceso de adecuación típica por parte del ente instructor. Una vez concretada la imputación, si la Fiscalía considera la posibilidad de discutir los términos de culpabilidad con el imputado o acusado deberá partir de esa base para poder establecer qué es lo que se va a negociar.

Bajo esa premisa, el límite sobre el cual ha de realizarse la transacción que para el preacuerdo permiten los artículos 350 y 351 del C de P.P., no es otro que el de la tipicidad estricta comoquiera que la fiscalía y el imputado pueden llegar a un acuerdo “*sobre los términos de la imputación*”, proceso que estará determinado previo el establecer la adecuada calificación jurídica que corresponde a los hechos que se investigan, lo cual incluye todas las circunstancias específicas de mayor y menor punibilidad que fundamentan la imputación fáctica y jurídica circunstanciada²³.

Por lo que viene de verse, **se vulnera el principio de legalidad** cuando el Fiscal al tipificar la conducta con miras a disminuir la pena no respeta el marco fáctico de la imputación y la calificación asignada no encuentra relación de coherencia o cohesión con la tipificación acordada, puesto que, recuérdese, existe reserva de ley respecto de la creación de tipos penales, y no es función de los operadores judiciales suplir la labor del legislador²⁴.

El principio de legalidad consulta sobre el proceso correcto de adecuación típica, que si bien es del resorte único y exclusivo de la Fiscalía, ésta debe cuidar de la real consonancia entre los hechos y la conducta punible que se le comunica al procesado desde la audiencia de formulación de imputación. Así que si bien el Juez no puede imponer su personal visión del proceso y de lo que considera debió haber sido la correcta adecuación típica, de advertir una flagrante discordancia podrá intervenir en aras de la protección del principio de legalidad.

²³ Cfr. CSJ SP, 12 sep. 2007, Rad. 22759

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005 *Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.*

Esto es lo que ha sido llamado por la jurisprudencia la no posibilidad de intromisión del Juez de Conocimiento en el control material a la acusación, en observancia de los estrictos roles que han sido asignados a cada una de las partes e intervinientes dentro del proceso penal, posibilitando la intervención del Juez solo en casos de salvaguarda de principios y derechos en vilo ante una incorrecta tipificación de la conducta investigada por la Fiscalía.

Una vez realizada la acusación, ésta trazará la línea e informará a las partes sobre qué es lo que se va a discutir en el proceso, delimitando el marco sobre el cual gravitará el principio de congruencia, de modo que al presentarse el acuerdo se parta de todas las condiciones que hicieron parte de la calificación jurídica para poder consensuar a cambio de la manifestación anticipada de culpabilidad.

No se desconoce con lo anterior la potestad de ajustar unilateralmente la tipicidad por parte del Fiscal cuando el proceso de adecuación jurídica en la imputación adoleció de algún error, pudiendo hacerlo en la audiencia subsiguiente. Mírese cómo el artículo 351 inciso 3, establece que “en el evento que la fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva posible imputación”.

Si la tipicidad adolece de algún error, el Fiscal unilateralmente puede ajustarla, pero siempre conforme a derecho, pues no puede considerarse como parte de la justicia premial la tipificación arbitraria de la conducta, de darse este último supuesto el operador de justicia ahí sí debe ejercer control material en el ámbito legal con trascendencia en el orden constitucional²⁵.²⁶

²⁵ CSJ SP, 1 jun. 2006, Rdo. 24.764

²⁶ De ahí que deba existir congruencia jurídica que se predica entre acusación y sentencia, y fáctica que se refiere a la concordancia entre los hechos y la sentencia por eso ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: “[S]i 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 del estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación”²⁶.²⁶

También relacionado con el anterior, **se vulnera el principio de legalidad** cuando la Fiscalía pacta la pena a imponer y además de ello acuerda la concesión de otras circunstancias que si bien podrían reconocerse de manera aislada, no pueden concurrir con el pacto respecto de la tasación de la pena, en atención a que así lo establece el inciso segundo del art. 351 del CPP.

Mírese cómo, tal postura pareció entenderla la Corte Suprema de Justicia en el año 2011, postura que se comparte, cuando se pronunció manifestando que hay vulneración al principio de legalidad cuando se retiran las agravantes específicas de un delito, se parte de los mínimos punitivos y además se reconoce un monto como rebaja de pena.

“No podía el representante de la Fiscalía, sin desconocer la limitante atrás aludida, soslayar competencia exclusiva del fallador pactando el máximo de la rebaja por indemnización integral, y a la vez, con detrimento del principio de legalidad, retirar las agravantes específicas del delito contra la seguridad pública, lo cual en la práctica implicó un descuento del cincuenta por ciento para esa conducta, y además atar al juzgador a los mínimos así establecidos, y no conforme con ello, pactar un pírrico aumento por el delito concurrente, escasamente igual a una sexta parte de la sanción mínima que se podría imponer por este, a pesar de haber otorgado inopinadamente el máximo por la reparación integral de las víctimas.”²⁷

Es decir, de manera férrea apunta a la no posibilidad de concurrencia de más de un beneficio en la presentación del acuerdo por cuanto así mismo puede entenderse de la lectura de los artículos 350 y 351 del C. de P. Penal, donde se establecen las diversas posibilidades que pueden ser objeto de consenso.

En este contexto, si se declara la responsabilidad penal por el delito acordado y no por el cometido, se está vulnerando el principio de legalidad, puesto que por medio de este instituto se permite que se presenten fórmulas de acuerdo que no podrían ser reconocidas ni por el Fiscal ni por el Juez de manera unilateral y declarar como real lo que solo es una ficción termina pretermitiendo la coherencia dogmática que debe haber entre los hechos y la calificación jurídica.

No debe perderse de vista cómo en las sentencias 45.736 y 46.101 a que se ha hecho referencia se ha reconocido como fórmula de acuerdo la degradación del título de participación, a cómplice, en un delito de Porte de Armas, lo cual

²⁷ CSJ AP, 24 ago. 2011, Rad. 36507.

dogmáticamente es un imposible jurídico al menos cuando el verbo rector imputado es el de “portar”, puesto que la complicidad supone la participación en un hecho ajeno por medio de la prestación de una ayuda eficaz mediada por un acuerdo previo o concomitante con el autor, de modo que quedan interrogantes tales como ¿Quién es el autor?, ¿Cuál fue la ayuda eficaz que prestó el procesado para portar un arma?.

Es posible la presentación de un consenso bajo tal presupuesto pero sobre el entendido de que es sólo la forma por la cual se está negociando los términos de culpabilidad con el procesado por la aceptación del delito que cometió.

En igual sentido puede presentarse un acuerdo que consista en el reconocimiento del beneplácito punitivo que se deriva de haber actuado bajo un exceso en una legítima defensa, pero no podrá declararse por ejemplo, en un delito de *Hurto calificado* que se condena al procesado como responsable de ese delito cometido en exceso sobre las causales de justificación, porque también así se estará vulnerando el principio de legalidad de los delitos y las penas, del mismo modo que si el Fiscal en la audiencia de formulación de imputación endilga al procesado la circunstancia de mayor punibilidad atinente a la coparticipación, en un hecho cometido solo por él.

En consecuencia, desconocer materialmente la legalidad o estricta tipicidad va en detrimento de la eficacia y el prestigio de la administración de justicia, el establecimiento de la verdad y la justicia; dificulta la reparación del daño causado; lesiona el principio de la prevalencia del derecho sustancial; y constituye una renuncia a los derechos y garantías constitucionales de los cuales no solamente es titular el procesado sino también las víctimas y la sociedad.

4.4.2. Derechos de las víctimas en el proceso penal desde la perspectiva del principio de legalidad

Si bien es cierto el proceso penal en primera instancia gira en torno a las garantías del procesado, las víctimas están investidas de prerrogativas

especiales²⁸ que deben ser materializadas al interior del proceso penal, tanto por la Fiscalía como por la Judicatura, en garantía de que les serán respetados sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

En torno a estos cometidos, la Fiscalía está obligada en términos del artículo 250 de la Constitución Política a realizar labores tendientes a la investigación y proseguimiento de la acción penal de cara a aprestigar no solo los intereses de la Justicia, sino además, de protección de todos los asociados del Estado y en especial de las personas que se constituyen en sujetos pasivos de las conductas delictivas.

En este contexto de los preacuerdos y los derechos de las víctimas, los órganos de cierre en materia penal y de lo constitucional, han manifestado que el Juez deberá propender por la salvaguarda de los derechos de las partes e intervinientes en el proceso penal y que los preacuerdos que sean verificados por aquel deberán sobrepasar el juicio respecto de justicia y verdad para las víctimas.

De manera literal, se pronunció la CSJ como a continuación se transcribe:

“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”²⁹.

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:

²⁸ Como forma de materialización de los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias C – 454 de 2006; C – 343 de 2007; C – 209 de 2007 y C – 260 de 2011, en las cuales de manera detallada ha señalado el quebrantamiento del derecho a la igualdad de las víctimas con interpretaciones restrictivas de sus derechos con respecto a normas del C. de Procedimiento Penal, resaltando las facultades de intervención durante el proceso penal.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

***“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)”³⁰.³¹* (Subrayas fuera de texto)**

El derecho a la justicia que se predica para las víctimas, se satisface con la declaración de responsabilidad de la persona que intervino en la realización de la conducta punible, sin embargo, sus intereses van más allá de la imposición de una pena. Se trata sobre todo del derecho que tienen de saber la *verdad* de lo ocurrido y que la condena se emita en armonía, independientemente del acuerdo al que se llegue.

“El derecho internacional ha reconocido dos dimensiones de la verdad: una individual (derecho a saber) y una colectiva (derecho inalienable a la verdad y deber de recordar). Los estados deben garantizar el derecho a saber para lo cual pueden tomar medidas judiciales y no judiciales como la creación de comisiones de la verdad.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la verdad se subsume en la obligación de los Estados de esclarecer los hechos y juzgar a los responsables, conforme a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Del mismo derecho se ocupan los Principios 1° a 5° de Los principios para la lucha contra la impunidad.”³²

Es decir, por medio del preacuerdo el acogido acepta su responsabilidad por el hecho que cometió y que es objeto de juzgamiento y a cambio de ello se le reconoce una rebaja de pena por la aplicación de cualquiera de las fórmulas

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

³¹ CSJ SP, 27 oct. 2008, Rad. 29979.

³² NELSON SARAY BOTERO, *Procedimiento Penal Acusatorio*, Leyer, Bogotá, 2016, p. 74.

establecidas en los arts. 350 y 351 del C.P. Penal., sin embargo, considera la Sala que en aras de no vulnerar derechos como el de legalidad y de las víctimas lo que debe declararse en la sentencia es la responsabilidad por el delito cometido, no por lo acordado.

Contrario sensu, se vulnera el derecho de las víctimas con posturas como la que pretende imponer la Corte Suprema de Justicia al declarar que el procesado se beneficia de las consecuencias que puedan esperarse del preacuerdo, puesto que con ello se puede llegar a conclusiones que vayan en contravía de sus derechos, además del principio de legalidad, puesto que se estará declarando la responsabilidad por un hecho que no obedece a la realidad fáctica en que se debería fundamentar la condena y de esa manera se está satisfaciendo de manera parcial los derechos de las víctimas, o incluso, en casos extremos, pretermitiéndolos.

Valga citar en este punto al Magistrado Fernández Carlier en el Salvamento de Voto dentro de la sentencia radicada 46.101, cuando expuso:

*“Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al procesado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente, lo que repercute en institutos como la reparación, la prescripción y el principio de legalidad, como se explica en este texto. La importancia de esta regla estriba en que la reparación e indemnización de la víctima está en relación directa con la responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C.
Por ende los derechos de las víctimas (verdad y reparación) no se afectan cuando en cualquiera de las especies de preacuerdos se mantiene la responsabilidad conforme al delito cometido y lo único que se modifica es la pena, estas mutaciones son las que corresponden exclusivamente a razones de política criminal, a las rebajas o beneficios por justicia premial.”*

4.4.3. Consecuencias prácticas de la aceptación de la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia

Un tal entendimiento del sistema de los preacuerdos, deriva en la declaración en la sentencia de un hecho ajeno y en absoluto diverso a la realidad fáctica por la que se inició la investigación, conllevando ello incluso a extremos que pueden suponer la renuncia o a la extinción de la acción penal.

Cita al efecto esta Sala, una providencia de este Tribunal cuya ponencia fue

asumida por el Magistrado Pío Nicolás Jaramillo Marín³³, en la cual el objeto de acuerdo consistió en el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad de que trata el artículo 56 del C. Penal, y en aplicación de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a que se ha hecho referencia, se tornaba necesario declarar la prescripción de la acción penal, sin embargo, consideró la Sala del Magistrado Ponente que “si aceptásemos que por reconocerse la circunstancia de marginalidad la acción penal prescribió, no podría emitirse el presente fallo, debiendo en su defecto ordenarse la preclusión de la misma, lo que desencadenaría en el exabrupto, si se tiene en cuenta que el fin último de la negociación es precisamente la terminación del proceso con una pena morigerada derivada del acuerdo, y nunca la enervación de la pretensión punitiva del Estado.”

También podría derivarse la extinción de la acción penal cuando bajo la fórmula del arreglo que consiste en tipificar la conducta de una manera menos gravosa, se readecua la tipificación del delito original a uno en el que pueda aplicarse la figura de la indemnización integral (por ejemplo: de homicidio doloso a culposo), establecida en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

Siguiendo el razonamiento del Alto Tribunal, si las partes en un caso como este deciden indemnizar luego de la presentación del acuerdo, coherente con la postura que asumen, deberá entonces decretarse la cesación de los efectos de la acción punitiva.

Otro ejemplo que atenta contra el principio de legalidad es cuando se presenta un preacuerdo en un delito que está excluido de la posibilidad de concesión del subrogado de ejecución condicional y de la prisión domiciliaria como sustitutiva por estar excluido en el artículo 68^a, sin embargo, en virtud del acuerdo, bajo la modalidad que establece el artículo 350-1 CPP, con el cambio es posible su concesión. Con ello se desconoce la voluntad del legislador de conminar con pena que en todo caso debe ser privativa de la libertad, atendiendo a la naturaleza de los delitos que allí se enlistan. También en este sentido, el reproche penal, acorde con el querer del legislador, debe hacerse a efectos de la concesión del subrogado o la prisión domiciliaria como sustitutiva, por el delito cometido, no por el acordado.

³³ Sentencia emitida el 1 de marzo de 2016 dentro del radicado 050016000206201166136.

Por otra parte, también podrán irradiarse los efectos de la postura mayoritaria en las reglas de competencia establecidas para la asunción del conocimiento de los procesos penales, aunque en providencias anteriores a las que se hace referencia ha establecido el Alto Tribunal que en materia de definición de competencia “el juez competente está determinado por el factor objetivo, es decir, por la naturaleza y calificación jurídica del hecho penalmente relevante antes de la realización del preacuerdo”³⁴ comoquiera que se parte de la hipótesis de que el preacuerdo no desnaturaliza la razón por la cual se dio inicio a la investigación penal. Asumir una postura como la que pretende implementar el Alto Tribunal, reluce también a estos efectos, desprovisto de sentido.

Del mismo modo, en este punto puede retomarse lo que se había manifestado en el apartado **4.4.1.** de que pueden configurarse imposibles dogmáticos si se declara la responsabilidad penal por lo que sólo fue la fórmula de arreglo.

Como se dijo al inicio de este proveído, la teleología de los acuerdos únicamente consiste en la obtención de una fórmula de negociación que suponga una rebaja de pena, de ahí que constituya meramente una ficción, no pudiendo, so pena de socavar los derechos mencionados en los apartados precedentes, desnaturalizar el delito cometido por el acordado o suponer beneficios adicionales que se deriven del acuerdo.

En consecuencia con lo expuesto, si bien es cierto los preacuerdos son vinculantes para el Juez de Conocimiento en virtud de las prerrogativas que le fueron asignadas a la Fiscalía, también lo es que aquel podrá intervenir siempre que exista vulneración de derechos y garantías fundamentales, que no solo deben observarse desde la perspectiva del acusado, sino además de las víctimas, que como se vio, están investidas de prerrogativas especiales dentro del proceso penal.

Toda vez que como resultado de hacer extensible las consecuencias de la conducta punible a lo que se derive de lo acordado se socavan los derechos de las víctimas, es imperioso que el Juez intervenga en procura de su protección. También deberá intervenir cuando medie una vulneración al principio-derecho de legalidad que se vulnera, como se vio, cuando la fórmula de arreglo

³⁴ CSJ AP, 9 abr. 2008, Rad. 29.444

presentada incluya la concesión de más de un beneficio.

Las dos últimas circunstancias que vienen de anotarse se presentan en el caso objeto a estudio, por lo que resulta imperiosa la intervención del Tribunal en tal sentido, puesto que estamos llamados a controlar la legalidad de los delitos y las penas, así como la tipicidad de los delitos perpetrados.³⁵

4.2.5. Análisis en el marco de lo expuesto de manera precedente

Descendiendo a lo que es objeto de decisión, el Juez de primera instancia concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural a Martínez González, por cuanto en atención a la circunstancia de ira o intenso dolor, objeto de negociación con miras a pactar una pena inferior a la prevista ordinariamente por el tipo penal, se vieron reducidos los extremos punitivos, y sobre ellos el juzgador analizó la procedencia de los mecanismos sustitutivos.

Así y como de manera amplia fue expuesto en precedencia, la Sala no comparte el criterio esbozado por la posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia que reclama que el Juez de conocimiento debe “acatar los términos del acuerdo”, significando con ello que la negociación presentada funge como imagen del querer de la Fiscalía cual modificación unilateral que deberá surtir efectos como si en realidad el cambio fuera el delito cometido.

Se expusieron igualmente los inconvenientes procesales, dogmáticos y también desde el punto de vista de los derechos fundamentales, y las garantías tanto del proceso como de los intervinientes especiales.

De la postura asumida son 3 las consecuencias básicas sobre las que habrá de analizarse el pedimento del recurrente.

³⁵ Cfr. CSJ AP, 30 abr. 2008, Rad. 29530. *“En efecto, si bien es cierto 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, también lo es que los funcionarios, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, también están llamados a controlar la legalidad de los delitos y de las penas, así como la tipicidad de los delitos perpetrados”*.³⁵ (Negrilla fuera de texto)

i) La teleología de los acuerdos únicamente tiene efectos punitivos. Se pretende una fórmula de acuerdo que conlleve únicamente a la imposición de una pena menor.

ii) El procesado acepta los cargos por el delito imputado, no por el acordado.

iii) El acuerdo como base de la justicia premial no es equiparable a la posibilidad que tiene el Fiscal para ajustar muto propio los términos de la imputación siendo el acuerdo una construcción jurídica que sólo posibilita la imposición de una pena menor.

Dicho lo anterior, recuérdese que a Héctor David Martínez González le fueron imputados los delitos de **Homicidio Agravado (art. 103 y 104 numerales 4 y 6 del C. Penal) el cual apareja una pena de prisión que oscila entre 400 y 600 meses de prisión, y de conformidad con lo establecido en el artículo 351, inciso 2, del C. de P, le reconocen la circunstancia de ira o intenso dolor que determina que “incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición”. Por consiguiente, la tasación punitiva será dentro de este quantum punitivo y se determina en 108 meses de prisión.**

Tal fue el marco delimitado por la Fiscalía y sobre esa base debía presentarse el preacuerdo, mismo que fue anunciado en los siguientes términos:

i) Héctor David Martínez González, aceptaba la responsabilidad por los delitos de homicidio agravado, lo cual supone unos extremos punitivos que oscilan entre 400 en el mínimo y 600 en el máximo.

ii) A cambio de la manifestación de culpabilidad se le reconoce como acuerdo compensatorio la circunstancia de ira o intenso dolor.

iii) Además de ello se estableció la pena a imponer en 108 meses de prisión.

Así, el acusado aceptó los cargos endilgados y la circunstancia de ira o intenso dolor no obedeció a un ajuste unilateral por la Fiscalía sino a una fórmula de arreglo que como tal tendrá efectos sólo para la imposición de la pena de ahí que no pueda entenderse como si en realidad el acusado hubiera realizado las

conductas punibles aceptadas bajo el estado de ira o intenso dolor, puesto que no se puede desnaturalizar la realidad de los hechos por los cuales se dio inicio a la investigación, so pena de vulneración de los derechos y garantías fundamentales, como se ha venido argumentando a lo largo de este proveído.

Lo cierto del caso es que aunque parece discutible en el presente la concurrencia de un estado anímico en cabeza del acusado, tal circunstancia que incluye la demostración de la existencia de un comportamiento i) ajeno, ii) grave y también iii) injustificado, no fue probada y el mismo fiscal reconoce que no hizo parte del injusto. Así puede leerse cuando expresó en su escrito impugnatorio *“cuando se acude a un preacuerdo, la ley y la jurisprudencia han determinado un ámbito de movilidad de la Fiscalía, al punto, que en el evento de no configurarse la conducta punible uno de los dispositivos amplificadores, a efecto de la terminación anticipada del proceso (...) se acude a la ficción de encausar la conducta con la configuración de uno de estos dispositivos”*.

En consecuencia, al no ser la degradante reconocida, una circunstancia ínsita en el injusto cometido por Martínez González, y sí, sólo, el objeto de un negocio, le asiste razón al fiscal recurrente y en consecuencia, habrá de REVOCARSE de manera parcial la decisión de primera instancia en el sentido de que HÉCTOR DAVID MARTÍNEZ GONZÁLEZ no tiene a la concesión de subrogado alguno, por lo expuesto en este proveído.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA DE MANERA PARCIAL** la decisión de primera instancia en el sentido de que **HÉCTOR DAVID MARTÍNEZ GONZÁLEZ** no tiene derecho a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión y por tanto deberá descontar la pena impuesta en el establecimiento que para el efecto designe el INPEC.

Esta providencia se notifica en estrados y procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Radicado: 05-001-60-00000-2015-44060
Sentenciado: Héctor David Martínez González
Delito: Homicidio

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado