



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**GERSON CHAVERRA CASTRO**

**Magistrados Ponentes**

**SP359-2022**

**Radicación No. 54535**

(Aprobado Acta No. 028)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**VISTOS:**

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado MAURICIO ANTONIO ORTIZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 5 de octubre de 2018, a través de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí el 1º de agosto del mismo año, que lo halló penalmente responsable como autor de la comisión del delito de

fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones.

## **ANTECEDENTES FÁCTICOS**

Fueron resumidos por el juzgador de segunda instancia así<sup>1</sup>:

*«Mauricio Antonio Ortiz fue sorprendido (el 16 de enero de 2018), por miembros de la Policía Nacional en posesión de un arma de fuego de defensa personal con dos cartuchos para la misma, sin permiso de la autoridad competente, cuando transitaba por la calle 53 con carrera 53 del municipio de Itagüí, razón por la cual un representante de la Fiscalía General de la Nación lo acusó formalmente como autor del delito previsto en el artículo 365 del código penal, sin que se allanara a cargos.».*

## **ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES**

El 17 de enero de 2017<sup>2</sup>, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, se desarrollaron las audiencias de legalización de la captura, formulación de imputación -como autor del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones-, e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva intramural contra MAURICIO ANTONIO ORTIZ, quien no se allanó a los cargos.

Formulada el 10 de mayo de 2018 la acusación por el referido punible, el 1º de agosto siguiente en lugar de

---

1 Cfr. Folio 109 del c. del proceso.

2 Cfr. Folio 3 *ibidem*.

celebrarse la audiencia preparatoria programada se sometió a verificación el acuerdo al que habían arribado las partes, consistente en la aceptación, por parte del procesado, de su responsabilidad penal a cambio de que se le degradara de autor a cómplice, por lo cual se le impondría una pena de 5 años de prisión.

Tras constatar la preservación de garantías y el respeto de los lineamientos legales y jurisprudenciales que informan el instituto de los preacuerdos, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Itagüí lo aprobó y consecuentemente condenó al procesado como autor del delito por el cual se le acusó, pero le impuso prisión de 5 años correspondiente al cómplice, negándole la concesión de subrogados penales<sup>3</sup>.

Tal decisión, apelada por el defensor<sup>4</sup>, fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia del 5 de octubre de 2018<sup>5</sup>, ahora objeto del recurso extraordinario de casación<sup>6</sup>.

## **LA DEMANDA**

Con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de MAURICIO ANTONIO ORTIZ formula, como cargo único principal, la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los

---

3 Cfr. Folios 79 a 81 *ibidem*.

4 Cfr. Folios 84 a 97 *ibidem*.

5 Cfr. Folios 109 a 111 *ibidem*.

6 Cfr. Folios 128 a 174 *ibidem*.

artículos 38<sup>7</sup>, (modificado por el 22 de la Ley 1709 de 2017), y 38B<sup>8</sup> de la Ley 599 de 2000, adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014.

Sostiene que en virtud del acuerdo celebrado con la Fiscalía se pactó una pena de 5 años de prisión como consecuencia de la degradación realizada respecto de la forma de participación de autor a cómplice en el delito imputado, lo cual alteró los extremos punitivos derivados de la acusación fijados entre 9 y 12 años, para determinarlos ahora entre 4.5 y 10 años de prisión.

Por eso, afirma, los juzgadores debieron verificar la concesión del sustituto punitivo regulado en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014, a partir del requisito objetivo dispuesto para tal efecto -que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos-, el cual se cumple en el presente asunto pues la pena mínima es de 5 años.

Reconoce que la concesión del subrogado penal no fue parte integral del acuerdo sino una solicitud elevada por la defensa al considerar acreditados todos los requisitos del artículo 38B y de conformidad con la posición mayoritaria de la jurisprudencia.

---

7 La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

8 Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.

La omisión del *ad quem* se produjo al interpretar el artículo 38B del Código Penal en el sentido de que el delito a tener en cuenta a efectos de cumplir el factor objetivo exigido para la concesión de sustitutos y subrogados penales es el atribuido en la acusación y no el acordado, apartándose así del precedente jurisprudencial según el cual dicho análisis debe realizarse con fundamento en la conducta consensuada y no en la ocurrida e imputada.

Refiere al efecto amplia jurisprudencia de la Sala sobre la alteración de los extremos punitivos de la pena en virtud de los preacuerdos y su incidencia en la verificación de los requisitos para la concesión del subrogado, línea que en su criterio desconoció el Tribunal.

Concluye que los acuerdos entre la Fiscalía y el procesado son vinculantes tanto para éstos como para el Juez, quien solo puede rechazarlos cuando desconozcan garantías fundamentales, y que la degradación típica efectuada en su virtud tiene incidencia en los sustitutos penales, pues deben verificarse según los términos pactados, sin posibilidad de modificarse en desmedro de los intereses del procesado.

Solicita, por tanto, que el fallo impugnado sea casado y así se conceda a su defendido la prisión domiciliaria.

En subsidio acusa el fallo recurrido de infringir directamente la ley sustancial debido a la falta de aplicación

del artículo 23<sup>9</sup> de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el 38B de la Ley 599 de 2000, propuesta que, con los mismos fines de la principal, sustenta en igual fundamentación.

## **SUSTENTACIÓN Y REPLICAS**

### **1. La defensa**

Ratifica los cargos propuestos, los argumentos en que se basa y sus consecuentes peticiones citando al efecto diversos precedentes de la Sala vigentes al momento de los hechos, de los cuales concluye que: (i) los acuerdos y negociaciones realizados entre la Fiscalía y la defensa son vinculantes para éstos y para el juez, quien solo puede rechazarlos cuando desconozcan garantías fundamentales; (ii) los acuerdos sobre el grado de participación en el punible son válidos; (iii) la degradación típica del comportamiento tiene incidencia en los sustitutos penales pues deberán verificarse conforme a los términos del acuerdo y; (iv) al fallador no le es dable modificar o interpretar los términos del pacto en desmedro de los intereses del procesado.

Refiere también la sentencia de constitucionalidad SU479 de 2019 y las decisiones de esta Sala SP2073-2020 de 4 de junio, radicado 52227 y SP3002-2020 de 19 de agosto del mismo año, radicado 54039, para destacar el llamado que por medio de ellas se hizo en torno a darle claridad a los preacuerdos con el fin de evitar debates

---

<sup>9</sup> Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.

innecesarios sobre la concesión de subrogados y a la aplicación de la norma más favorable para calcular la pena y evaluar la procedencia de subrogados penales.

Relieva finalmente que la rebaja concedida a su asistido en el presente caso en virtud del acuerdo fue del 55.55% y por tanto no se torna desproporcionada.

## **2. La Fiscalía**

Tras examinar conjuntamente los cargos formulados advierte que la condena irrogada al procesado en calidad de autor se halla acorde con la facticidad del caso, al igual que la calificación jurídica de la complicidad pactada por las partes, pues ésta solo se tuvo en cuenta para calcular el monto de la pena.

Destaca que la solución al problema planteado en la demanda se ha resuelto por la Sala de manera disímil, razón por la cual debe acudir a la jurisprudencia vigente al momento en que se registraron y definieron los hechos, según la cual, la aplicación de subrogados debe estudiarse a partir de las cláusulas acordadas y no de conformidad con el delito realmente ejecutado e imputado, con lo cual el cargo propuesto estaría llamado a prosperar.

Relieva en ese orden la decisión del 21 de octubre de 2020, radicado 51478, la cual, en su sentir y sin manifestación expresa, varió la jurisprudencia, al reconocer

la legalidad de una sentencia donde se negó el beneficio de la prisión domiciliaria analizada a la luz del delito realmente ejecutado, con lo cual, cuando estos mecanismos no han sido objeto de la negociación, el juez de conocimiento puede decidir lo que considere corresponde en derecho. Solicita, por eso, a la Corte unificar su jurisprudencia respecto al problema jurídico planteado.

### **3. El Ministerio Público**

Encuentra razonables las censuras propuestas toda vez que los fallos de instancia desconocieron los precisos términos del acuerdo mediante el cual se convino una pena de 5 años la cual cumple la condición objetiva establecida por el artículo 38B.1 del Código Penal.

En su opinión, el *ad quem* desconoció el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal al no respetar el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, más aún cuando no se advirtió la vulneración de garantías fundamentales.

Relaciona también jurisprudencia de la Sala donde se determina que, en los supuestos de degradación en la forma de concurrencia en la conducta punible de autor a cómplice, al juzgador le corresponde, además de juzgarlo a este título, examinar la pena sustitutiva de prisión intramural con los extremos punitivos previstos para el último.

Solicita, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia impugnada para que se tenga en cuenta la participación del procesado a título de cómplice según el acuerdo logrado y se le otorgue el sustituto de la prisión domiciliaria.

### **CONSIDERACIONES**

No obstante ser la sentencia impugnada producto de un preacuerdo, a la defensa le asiste interés para recurrir en cuanto la única objeción formulada contra aquella se sustenta en la negativa a reconocer prisión domiciliaria, la cual por demás no fue materia del convenio.

Bajo dicho supuesto se abordarán las censuras en el objetivo de determinar la legalidad de la sentencia del Tribunal en cuanto analizó el factor objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria con sustento en la calidad de autor por la cual se formuló imputación y acusación al procesado y fue condenado, no obstante haberse pactado con la Fiscalía su degradación a cómplice.

Si bien la demanda postula en relación de subsidiariedad dos cargos, uno por interpretación errónea de los artículos 38 y 38B del Código Penal y otro por falta de aplicación del 23 de la Ley 1709 de 2014, se examinarán en conjunto por plantear idéntico problema jurídico, sustentarse en la misma argumentación y perseguir igual resultado.

En ese propósito la Sala: (i) puntualizará los términos del acuerdo celebrado entre Fiscalía y acusado; (ii) rememorará los argumentos de los jueces de instancia; (iii) enunciará sus pronunciamientos en torno al punible a considerar cuando ha mediado un preacuerdo, en aras de definir la concesión de subrogados penales que le permitan además precisar su jurisprudencia y (iv) resolverá el caso en concreto.

### **1. Lo acordado.**

El 1° de agosto de 2018, fecha en la cual las partes estaban convocadas para desarrollar la audiencia preparatoria, la Fiscalía solicitó el cambio de objeto de la misma por haber celebrado un preacuerdo con la defensa, el cual sometían a verificación.

El aludido pacto consistió en que *“el señor Mauricio Antonio Ortiz acepta los hechos tal y como los ha narrado la Fiscalía y de igual manera acepta la calificación jurídica que le ha dado la Fiscalía a estos hechos; como contraprestación por aceptar su responsabilidad, la Fiscalía le reconoce que su actuar estuvo conforme al artículo 30 del Código Penal, inciso 2°, es decir una forma de participación a título de cómplice... también entendiendo la jurisprudencia de la Sala Penal que ha señalado que en los preacuerdos es posible a la Fiscalía variar la forma de participación de autor a cómplice...”*.

En tales términos, el preacuerdo fue aprobado por el juez, quien sin modificar, desde luego, el aspecto fáctico del caso condenó al enjuiciado por la conducta punible objeto de acusación, esto es, como autor y no como cómplice del ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y, conforme con las cláusulas del acuerdo celebrado, le impuso la pena privativa de la libertad de 5 años y le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, debido a la insatisfacción del presupuesto objetivo contemplado en el artículo 23.1 de la Ley 1709 de 2014<sup>10</sup>, guiando para ello su estudio con base en la sanción prevista para el autor del ilícito aludido, esto es, 9 años de prisión, la cual supera el tope de 8 años exigido por la norma como condición cuantitativa para la concesión del sustituto penal.

Tal negativa a reconocer subrogados fue protestada por la defensa<sup>11</sup> al considerar que *“El problema radicó en la falta de claridad en punto a la falta de concesión del subrogado, que, aunque no fue pactado entre las partes, conforme al precedente vigente al momento de los hechos, debió ser concedido ante la evidente modificación de los extremos punitivos frente a la conducta objeto de persecución penal ...”*, de donde se extrae que en efecto la prisión domiciliaria no fue objeto del acuerdo y que por tanto, su concesión y estudio quedó sometida al discernimiento del juzgador, quien, según la pretensión defensiva, debió aplicar el

---

<sup>10</sup> Esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima legalmente prevista sea de 8 años de prisión o menos.

<sup>11</sup> Cfr. Folio 6 del escrito de sustentación de demanda de casación.

precedente jurisprudencial de conformidad con el cual, el análisis de dicho sustituto se efectúa con base en el grado de participación convenido.

## **2. El razonamiento de los jueces de instancia.**

El *a quo*, luego de verificar la legalidad del consenso celebrado entre las partes así como el respeto de las garantías fundamentales y en atención a que la hipótesis delictiva acordada: (i) estaba legalmente prevista; (ii) el procesamiento fue seguido por la autoridad judicial competente; (iii) hubo respeto a la estructura procesal propia del sistema acusatorio; (iv) el derecho a la defensa fue salvaguardado y (v) se satisficieron los requisitos previstos en los artículos 7° inciso final y 381.1 del Código de Procedimiento Penal, emitió en contra del acusado el correspondiente fallo condenatorio en calidad de autor de la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones<sup>12</sup>.

Seguidamente, acordada como fue por las partes una pena imponible de 5 años de prisión sujeta así al principio de legalidad, examinó la procedencia de los subrogados, determinando que no se cumplía el factor objetivo para la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni para la prisión domiciliaria<sup>13</sup>, relevándose con ello del análisis del requisito subjetivo de la norma.

---

<sup>12</sup> Cfr. Folio 70 de la carpeta del proceso.

<sup>13</sup> Cfr. Folios 79 y 80 *ibidem*.

Aludió a la existencia de una discusión en torno a cuál era la punibilidad que debía considerarse en el estudio de la concesión de subrogados y beneficios tratándose de preacuerdos que incorporan el reconocimiento de institutos reductores de la punibilidad y advirtió que la visión mayoritaria de la Corte abogaba por examinar tal extremo a partir de la pena negociada, es decir, para el caso particular, el análisis del otorgamiento de la prisión domiciliaría se efectuaría según la contemplada para el cómplice del delito en cuestión, vale decir 54 meses de prisión, monto punitivo inferior al de 8 años exigidos para la satisfacción del presupuesto objetivo, según el cual procedería su otorgamiento<sup>14</sup>.

Indicó<sup>15</sup>, sin embargo, que no se trataba de una postura unánime de la Sala de Casación Penal, dada la existencia de un salvamento de voto que propugnaba por la tesis contraria, acorde con la cual la fuente jurídica determinante de la disminución punitiva es tan solo una ficción habilitante de dicha reducción, mas no autoriza a entender que el comportamiento deducido de los hechos probados conlleva la demostración de la conducta negociada, pues ello afectaría el principio de legalidad, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y a desconocer el derrotero legal de aprestigiamiento de la justicia fijado para los preacuerdos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004.

---

14 Cfr. Folio 80 *ibidem*.

15 Cfr. *Idem*.

Del mismo modo, señaló que el razonamiento mayoritario de la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Medellín se allanaba a la postura disidente de la Corte Suprema<sup>16</sup> y descendiendo al caso concreto citó la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, mediante la cual dicho Tribunal interpretó que los preacuerdos deben estar regulados por los principios de legalidad y tipicidad de las penas, lo cual implicaba su análisis de conformidad con lo efectivamente sucedido y probado y no bajo ficciones procesalmente indemostradas; con ello, los 9 años de prisión previstos para el autor del punible recriminado, incumplían la exigencia objetiva exigida para la prisión domiciliaria procediéndola a negar<sup>17</sup>.

El *ad quem* por su parte, avalando la postura del juez de primera instancia<sup>18</sup>, destacó que de conformidad con el preacuerdo la única contraprestación al procesado se ceñía a la imposición de la pena por el delito pactado, señalando la afectación de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y a la reparación, así como a los fines de los preacuerdos, que se produciría si se accedía a analizar la concesión de la prisión domiciliaria con base en un punible diferente al realmente cometido<sup>19</sup>.

Adujo que para garantizar los derechos de las víctimas no bastaba con citarlas a las conversaciones tendientes a

---

16 Cfr. *Ibidem*.

17 Cfr. Folio 81 *ibidem*.

18 Citando al efecto la providencia previa de esa Corporación de 13 de septiembre, emitida dentro del radicado 2015-00455, que recogió la postura anterior.

19 Cfr. Folio 110 *ibidem*.

consolidar el acuerdo entre la Fiscalía y el procesado, pues ello no garantizaba que fueran oídas, así como la declaración de responsabilidad por el delito acordado no implicaba necesariamente el respeto de sus prerrogativas, pues no podían oponerse al consenso celebrado<sup>20</sup>.

Aludió a la posibilidad de generar injusticia en situaciones en las cuales el cambio en la tipicidad producida por el acuerdo condujera a la declaratoria de prescripción de la acción penal, lo cual se traduciría en una burla para los asociados<sup>21</sup>.

Se refirió al fin legal de los preacuerdos, esto es, la disminución de la pena legal aplicable y mencionó la violación al debido proceso en el supuesto de declarar responsable a una persona por un delito que no cometió<sup>22</sup>.

Finalmente, sostuvo que la declaración de responsabilidad debía producirse a título de autor como lo informa el supuesto fáctico del suceso ilícito, lo cual conducía a que para todos los efectos distintos a la sanción, entre ellos la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria, se aplicara la pena correspondiente a la del autor, que al ser en el caso *sub judice* de 9 años, impedía objetivamente la concesión del beneficio, confirmando de esta forma la decisión apelada<sup>23</sup>.

---

20 Cfr. *Idem*.

21 Cfr. Folio 111 *ibidem*.

22 Cfr. *Idem*.

23 Cfr. *Idem*.

### **3. La jurisprudencia de la Sala al respecto.**

El desarrollo jurisprudencial del instituto de los preacuerdos y negociaciones ha estado acompañado de los debates propios en torno a lo que se puede negociar, las formas de declaración de responsabilidad, la necesidad de un mínimo probatorio de responsabilidad, el rol de la Fiscalía, del juez, la defensa y la víctima y la oportunidad procesal para efectuar la negociación, entre otros.

No ha escapado a la anterior controversia la definición de cuál es el ilícito o el nivel de participación por el que debe proferirse la sentencia con sus consecuentes efectos en institutos como los subrogados penales, es decir, si lo debe ser por el punible objeto de imputación o de acusación, o por el pactado vía preacuerdo, sobre todo en aquellos eventos donde se introduce alguna modificación a la calificación jurídica en compensación a la culpabilidad aceptada por el procesado.

La Sala, bien como tribunal de segunda instancia o de casación, de forma mayoritaria, ha venido avalando en la práctica los diferentes preacuerdos sometidos a su conocimiento y en esa medida entendido que la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le sean anejas, bajo cuatro supuestos: i) Los preacuerdos tienen efectos vinculantes para el juez pues, en términos del inciso 4° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, *“los preacuerdos celebrados entre*

*Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*”; ii) el preacuerdo, en aquellos casos en que se logra después de la formulación de la imputación, hace las veces de escrito de acusación, como que de conformidad con el artículo 350 ídem, *“Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”*; iii) no le es legalmente posible al juez controlar materialmente la acusación; la calificación jurídica de los hechos y la fijación de los jurídicamente relevantes corresponde con exclusividad a la Fiscalía, sin perjuicio de que se examinen los requisitos que le defieren legalidad al preacuerdo, ni aquellos que fundamentan la sentencia anticipada y iv) como generalmente se advierte que es el procesado quien impugna como recurrente único, opera la prohibición de reforma peyorativa, de modo que ni aún por vía de nulidad podrían improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.

Bajo tales supuestos se han proferido, entre muchos otros y casi desde los inicios del sistema penal acusatorio en nuestro país, el auto del 16 de mayo de 2007 (Rad. 27218), reiterado el 6 de febrero de 2013 (Rad. 39892); el del 20 de noviembre de 2013, Rad. 41570; la sentencia de casación del 15 de octubre de 2014 (SP13939-2014, Rad. N° 42184); el auto AP7233-2014, Rad. 44906; la sentencia SP14842-2015, en la cual se resaltó además la imposibilidad de desmejorar, por vía de nulidad del preacuerdo, la situación del procesado como recurrente único; las sentencias

SP2168-2016, SP7100-2016, SP17024-2016, SP16933-2016, SP16907-2016, SP747-2017, SP18912-2017, SP486-2018, reiterada en la providencia AP5285 del mismo año, SP4439-2018, SP2295-2020 y SP3002-2020 en la cual igualmente se relievó la imposibilidad de invalidar el preacuerdo debido a la prohibición de reforma peyorativa.

A pesar de las argumentaciones que en este asunto expuso la Fiscalía en aras de acreditar un supuesto cambio de la jurisprudencia, que en realidad no existió, la misma tesis mayoritariamente consolidada a través de las decisiones antes relacionadas, se aplicó en la sentencia SP4225-2020, Rad. 51478, pues a través de preacuerdo el procesado aceptó culpabilidad por el delito imputado, esto es tentativa de homicidio simple; a cambio se le reconoció la pena dispuesta para cuando el delito es cometido en circunstancias de marginalidad. La Corte entendió que, así como sucedió en la sentencia SP486-2018, Rad. 50000, el fallo se dictó de conformidad con lo convenido, sólo que en eso no hubo cambio alguno de calificación y que la remisión, en aquel caso, a las circunstancias de marginalidad fue solo para efectos punitivos, precisando una vez más la imposibilidad de modificar la sentencia ante la prevalencia de la prohibición de reforma en perjuicio.

Más recientemente, la tesis jurisprudencial fue mayoritariamente ratificada en sentencia SP1288-2021, reiterándose la vigencia del acuerdo por virtud de la prohibición de reforma peyorativa.

Como fácil se advierte, a través de todos estos casos la Sala ha venido consolidando, eso sí no de manera pacífica, una tesis de conformidad con la cual, se reitera, la sentencia originada en un preacuerdo se profiere según lo pactado, con todas sus consecuencias y la ha sustentado, como ya se señaló en precedencia, en el efecto vinculante del convenio, en la imposibilidad de ejercer un control material propiamente dicho sobre los juicios de imputación y acusación y en la prohibición de reforma peyorativa, lo cual no significa ineludiblemente que ese sea el ideal jurídico pues también ha entendido, desde aquél mismo momento y a partir de sus propias disquisiciones y de la jurisprudencia constitucional que los preacuerdos y la actividad de la Fiscalía en ese ámbito se sujeta a ciertos límites que deben satisfacer los objetivos de esta forma de terminación anormal del proceso.

Por eso, no ha impedido tal doctrina, que en varias ocasiones, desde los albores de la aplicación del sistema penal oral acusatorio y de los preacuerdos, se advirtiera y se llamara la atención en torno a la forma como debería adelantarse la respectiva negociación y plasmarse sus cláusulas a efectos de que no se llegara, como ocurrió en la práctica, dados los supuestos ya reseñados y según se evidencia de la anterior relación jurisprudencial, a la aprobación de acuerdos sin una base fáctica sólida que atendiesen, entonces y por demás, los parámetros señalados en la sentencia C-1260/2005 y ahora en la SU-479/2019.

Así, en fallo del 12 de septiembre de 2007, Rad. 27759, ya avizoraba la Sala:

*“El problema jurídico radica entonces en saber ¿cuál es la circunspección del fiscal a la hora de celebrar un preacuerdo?, tema que resulta definitivo a la hora de celebrarlos:*

*Cuando la Corte Constitucional revisó el numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, referido a los preacuerdos sobre los términos de la imputación, en sentencia C-1260 de 2005, avaló de forma condicionada la norma impugnada, en favor de la legalidad de los preacuerdos entre la fiscalía y la defensa.*

*El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que es permitido a la Fiscalía tipificar [Léase imputar] la conducta dentro de su alegación conclusiva de forma específica con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar [no imputar, excluir] alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda [Léase imputación jurídica circunstanciada].*

*Se trata –insiste la Sala– de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la Administración de justicia.*

...

*Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias*

*específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.*

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

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

*Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a preacordar las exclusiones en la imputación porque ya pueden tener idea clara –uno y otro- de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.*

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

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

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

*Es a partir de la imputación fáctica y jurídica precisa, como referente “obligado” –insiste la Sala- que pueden los sujetos procesales “negociar” los términos de la imputación; la imputación correcta es el único parámetro que permite establecer los dos factores: La pena a imponer si no hay preacuerdo y la pena a imponer producto del consenso (la relación costo / beneficio de los términos de la acusación).*

*Y en la sentencia SP13939-2014, Rad. 42184:*

*“Entiende la Corte que el preacuerdo presentado por la Fiscalía cumple con los presupuestos de legalidad propios del instituto y por ello ratifica su aprobación y la consecuente condena.*

*Empero, no puede dejar de registrar la manera si se quiere irresponsable en que algunos fiscales, conforme a los asuntos que día a día examina la Sala, pasan por alto mínimos presupuestos de contención y al amparo de las muy amplias facultades otorgadas por el legislador, de manera sistemática y reiterada festinan beneficios inmerecidos en asuntos que no comportan complejidad o dificultad para su demostración cabal en juicio.*

*Esa manida forma de asumir el preacuerdo como especie de tronera que le permite desasirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración, ha conducido de manera perversa a que en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de*

*negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa a fin de contar con la oportunidad de mermar su carga laboral.*

...

*Pero, de ninguna manera ello puede justificar tantos y tan gratuitos beneficios otorgados a los acusados, que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, terminan por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano.*

...

*Considera la Sala, eso sí, que al interior de la misma Fiscalía, conforme su estructura jerarquizada y lo que la constitución y la ley facultan, es posible adelantar una tarea efectiva de control interno, fijación de pautas y seguimiento, que limiten al máximo lo que ahora se critica.*

...

*El llamado es, entonces, a que la Fiscalía General de la Nación, no solo fije pautas precisas que permitan a sus delegados ceñirse a estrictos criterios encaminados a cumplir los fines esenciales del instituto premial, con respeto por los derechos de los intervinientes, en particular las víctimas, y de un concepto claro de justicia, sino que establezca mecanismos internos de verificación y control dirigidos a hacer efectivas esas directrices”.*

O en la del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Rad. 52227, en la cual se precisó:

*“...los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –según el estándar previsto para cada fase-*

*sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos;*

*...el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.*

*Lo anterior, sin perder de vista otros aspectos relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los subrogados penales, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.*

*...*

*El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.*

*Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.*

*Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.*

*No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.*

*Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje,... las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.*

*Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son*

*calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.*

*A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.*

...

*En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados”.*

O final y más recientemente (19 de agosto de 2020), en sentencia SP3002-2020 Rad. 54039, donde con sustento en decisiones previas y en similar sentido se sostuvo:

*“Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-1260 DE 2005 Y SU 479 de 2019) como la de esta Corporación (52227 de 2020) han aclarado que las partes, en virtud de un acuerdo, no pueden: (i) incluir circunstancias de menor punibilidad u otros cambios de la calificación que no tengan base fáctica y probatoria; (ii) mucho menos, cuando ello entraña una rebaja de pena desproporcionada; y (iii) sin que pueda desatenderse la obligación de obrar con diligencia extrema cuando la víctima pertenece a un grupo poblacional especialmente vulnerable.*

*Lo anterior, sin perjuicio de que el acuerdo consista en tomar como referente una norma penal menos gravosa, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, sino para efectos de calcular la pena, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, como sucede en el caso de quien indiscutiblemente es autor pero, en virtud del acuerdo, se le impone la pena que le correspondería al cómplice (SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020).*

*En este último evento resulta claro que: (i) las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta, siguiendo con el mismo ejemplo, de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable –para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio–, constituye, precisamente, el beneficio por someterse a la condena anticipada; (ii) todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que*

*corresponda –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente; (iii) el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad –prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, por excesivo, resulte contrario a la necesidad de aprestigar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) igualmente, es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (idem).*

*Lo anterior, sin que pueda perderse de vista que los límites a los acuerdos, establecidos en el ordenamiento jurídico y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, no están orientados a socavar las bases del sistema de tendencia acusatoria regulado en la Ley 906 de 2004”.*

Es decir, la Corte ha advertido de forma categórica que los preacuerdos deben versar sobre una calificación jurídica fundada en la base fáctica que, apoyada probatoriamente según la estructura propia del sistema, constituyan los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación o en la acusación.

En ese orden, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, de modo que el procesado comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o

acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias.

En esa misma línea debe ser el rol del juzgador, no en fijar una calificación jurídica según su criterio, sino en advertir que el acuerdo lo sea en esos términos y que en torno a ellos el acusado tenga la claridad necesaria; por lo mismo no debe aprobar aquellos pactos que tozudamente varíen la calificación jurídica sin que medie una base fáctica.

#### **El caso concreto:**

Como ya se advirtió, el preacuerdo celebrado en el presente asunto consistió en la aceptación por el procesado del cargo imputado y objeto de acusación tal como lo precisó la Fiscalía durante esos actos, esto es, autor de porte ilegal de armas; como contraprestación o compensación la Fiscalía le reconoció la pena propia del cómplice y así se fijó en 5 años de prisión, sin que del mismo hiciera parte, se reitera, la concesión de la prisión domiciliaria, la cual, por tanto, quedaba a criterio del juzgador.

En esos términos, más allá de que no hubo ciertamente alteración alguna del supuesto de hecho, pero tampoco base fáctica para predicar una complicidad, lo cierto es que el convenio en manera alguna varió la forma de participación del imputado por cuanto en virtud de él, *“...Mauricio Antonio Ortiz acepta los hechos tal y como los ha narrado la Fiscalía*

*y de igual manera acepta la calificación jurídica que le ha dado la Fiscalía a estos hechos...*”, es decir autor, no cómplice, del punible de porte ilegal de armas y a cambio se le reconoció, a título de compensación la pena de éste, sin que en parte alguna pueda entenderse que la calificación jurídica del tipo subjetivo varió de autor a cómplice, mucho menos cuando, se reitera, no existía una base fáctica para que se procediera jurídicamente a esa modificación.

Luego, en esas condiciones, finalmente las decisiones de instancia se sujetaron a la reiterada y mayoritaria doctrina de la Corte por cuanto se emitieron en consonancia con lo pactado, es decir que se condenó como autor, porque así lo asintió el procesado, pero se le impuso la pena del cómplice porque así lo ofreció la Fiscalía y aceptó aquél en compensación, por manera que en tales circunstancias los cargos formulados por el casacionista parten de una base errada al proponer un entendimiento contrario a la literalidad del convenio.

Por lo mismo, ninguna trascendencia podía tener las referencias que los juzgadores hicieron a los votos disidentes que en esa materia existen al interior de la Sala, ni a las decisiones del mismo orden proferidas en el Tribunal que conoció en segunda instancia de este asunto, sencillamente porque la sentencia se profirió de conformidad con lo pactado.

Por tanto, como se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del

preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción del cómplice la cual fue referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad.

Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada.

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

**RESUELVE:**

**No casar** la sentencia impugnada.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al despacho de origen.  
Cúmplase.

**FABIO OSPITIA GARZÓN**

**Presidente**

*Sala Casación Penal@2022*

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**Aclaración de Voto**

**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**GERSON CHAVERRA CASTRO**

CUI: 05360609905720180030801

NI: 54535

Casación

Mauricio Antonio Ortiz

**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**HUGO QUINTERO BERNATE**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria