



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrados ponentes

SP16907-2016

Radicación No. 46684

(Aprobado Acta No. 376)

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

Se procede a resolver el recurso de casación presentado por el defensor del procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó como autor del delito de fabricación,

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

HECHOS

Mediante llamada anónima a la Policía Nacional de la ciudad de Cali, donde se daba cuenta de la presencia de un individuo en la calle 1C oeste con calle 100A portando varias armas de fuego, de quien se suministraron sus características físicas y atuendo, a eso de las 10:00 p.m. del 31 de diciembre de 2014 se capturó a JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR, al coincidir la descripción ofrecida por el informante con éste, al cual se le hallaron en un bolso dos revólveres calibre 38 sin munición.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Por el anterior acontecer fáctico, el 1 de enero de 2015, ante el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, se formuló imputación a JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR como presunto autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 del C.P.); a la cual no se allanó.

No obstante esa inicial manifestación del procesado, el 16 de marzo de 2015, en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, se aprobó el

preacuerdo que celebrara con la Fiscalía, el cual consistió en que a cambio de aceptar su culpabilidad en el delito imputado, se le degradaba la forma de participación de autor a cómplice, pero además, se le impondría la pena mínima, esto es, 4 años y 6 meses.

El mismo día se agotó el trámite previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, durante el cual la Fiscalía señaló que si bien el procesado tenía un par de anotaciones, no registraba antecedentes penales, además, reconoció que contaba con arraigo.

El 9 de abril de 2015, se condenó a JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR como “*autor*” del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, pero se le fijó la pena mínima que correspondía al “*cómplice*”, esto es, 54 meses de prisión.

Igualmente, se le impusieron las penas accesorias tanto de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, ambas por “*el mismo término*” de la sanción privativa de la libertad.

Así mismo, se le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no concurrir el factor objetivo, así como el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria por igual causa, bajo el argumento de que se debía tener en

cuenta la pena prevista en la ley para el “*autor*”, así la condena hubiese sido por la que corresponde al “*cómplice*”, lo que se sustentó en lo señalado por esta Sala el 26 de noviembre de 2014, dentro del radicado No. 44906.

Ese fallo fue apelado por el defensor del inculpado, en concreto frente a la negación del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria y, el 22 de mayo de 2015, el Tribunal Superior de Cali lo confirmó en su integridad con fundamento en el mismo argumento y decisión que fueron esgrimidos por el juez *a quo*.

Contra ese fallo el apoderado del enjuiciado presentó recurso de casación.

Admitida la demanda respectiva, se llevó a cabo la audiencia de sustentación.

LA DEMANDA:

Está compuesta por una sola censura, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

El recurrente denuncia la violación directa de la ley sustancial, por cuanto considera que si bien en la sentencia impugnada se aceptó que se cumplían los requisitos para conceder la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria

consagrada en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, finalmente este beneficio no se le concedió al procesado.

Al respecto el impugnante añade que la pena de prisión que se le fijó al procesado fue de 54 meses, así mismo, que éste carece de antecedentes y, además, que cuenta con arraigo.

Por tanto, pone de manifiesto que el error del Tribunal radicó en negar la pena sustitutiva en cuestión, teniendo en cuenta la sanción prevista para el “*autor*” y no la del “*cómplice*”, que fue por la que a la postre se condenó a su representado como fruto del preacuerdo celebrado con la Fiscalía.

Así las cosas, una vez trae argumento de autoridad (sentencia del 26 de septiembre de 2014 del Tribunal Superior de Armenia), en orden a patentizar que se debe tener en cuenta la pena y forma de participación por la que se condenó al procesado por razón del preacuerdo, más no aquella que corresponde al delito cometido e, igualmente, cuestiona que la jurisprudencia de esta Sala que fue citada por el *a quo* para negar el sustituto de la prisión domiciliaria no es aplicable al asunto de la especie, por cuanto se refiere a un delito distinto al que aquí se juzga, pide casar la sentencia y que se conceda al procesado la prisión domiciliaria por estar satisfechos todos los requisitos contemplados en el artículo 38B del Código Penal.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA:

1. Defensor del procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR:

Se reafirma en lo expuesto en la demanda de casación y agrega que en respaldo de lo allí afirmado se debe tener en cuenta lo señalado por la Sala en CSJ SP, 12 mar. 2014, rad. 42623.

2. Fiscalía General de la Nación:

La Fiscal Segunda Delegada ante esta Corporación, expresa que el caso de la especie plantea dos problemas jurídicos.

El primero, si la degradación que se hace con ocasión de un preacuerdo en torno a la participación en el delito, en concreto de autor a cómplice, proyecta sus efectos a la concesión de beneficios penales, en particular para acceder a la prisión domiciliaria y; el restante, si en el caso particular es viable conceder dicha pena sustitutiva.

Con el fin de resolver el problema jurídico inicial, expresa que se debe tener en cuenta la teleología de los preacuerdos y negociaciones como una expresión de la justicia premial, con los cuales, señala, básicamente se persigue permitir la intervención de las personas implicadas en la solución del conflicto que se genera a raíz del delito; así

mismo, que no se conciba al delito como una infracción a la ley del Estado sino como una conducta que origina un conflicto frente al cual se debe ofrecer una solución lo más legítima y menos violenta posible y, por último, que con ellos se busca evitar la saturación de la administración de justicia en materia penal, aplicando mecanismos que conduzcan a la terminación anticipada del proceso a partir de lo cual se dé una solución rápida y eficaz al conflicto.

Expresa que bajo esa perspectiva es que se establecieron los preacuerdos y negociaciones, en desarrollo de los cuales se faculta a la Fiscalía para que pacte con el inculpado su grado de participación en el delito, lo cual, a la postre, se refleja favorablemente en la reducción de la pena, amén de que también el ente acusador y el procesado pueden acordar las condiciones en que se cumplirá la sanción.

En esa medida, para la Fiscal Delegada ante esta Corporación, las consecuencias de la degradación en la participación de la conducta punible de autor a cómplice, no solo deben irradiar la imposición de la pena, sino que también han de posibilitar la concesión de beneficios como la prisión domiciliaria.

Añade que arribar a conclusión distinta sería desconocer la teleología de los preacuerdos y negociaciones que, entre otras cosas, buscan resolver los casos de manera rápida y eficaz en aras de impedir la congestión de la administración de justicia.

En suma, para la Delegada del ente acusador, la degradación en la participación del delito no solo debe incidir favorablemente en la determinación de la pena, sino en otros institutos, como en este asunto, en la concesión de la prisión domiciliaria, de tal forma que si bien lo ideal es que este tipo de beneficios se acuerden desde el principio, no por ello se debe desechar su aplicación si no se pacta.

En cuanto hace relación al segundo problema jurídico, que dice la Fiscal Delegada propone el caso de la especie, esto es, si procede conceder al procesado la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, ésta arriba a la conclusión de que en este caso concurren los requisitos contemplados en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

En ese sentido, sostiene que la pena mínima prevista en la ley para el delito por el que se procede, esto es, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, fruto de la degradación de autor a cómplice a consecuencia del preacuerdo, es menor a 8 años de prisión, pues en concreto es de 4 años y 6 meses, así que recuerda que es postura pacífica de la Sala, aquella según la cual se deben tener en cuenta todos los aspectos que modifican la pena en la ley a los efectos de establecer la que se ha de confrontar para resolver si procede el beneficio de la prisión domiciliaria.

Adicionalmente, asegura que el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal no está consagrado en el artículo 68A *ídem* como uno frente a los cuales no procede el beneficio consagrado en el artículo 38 *ibídem*.

Además, expresa que el arraigo del inculpado se encuentra acreditado a partir de las constancias señaladas en la formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento e, incluso, conforme lo consignó la Fiscalía en el acta de preacuerdo, lo cual fue aceptado expresamente por el juzgador de primer grado en la sentencia.

Así mismo, pone de presente que no hay demostración de que el implicado haya sido condenado dentro de los 5 años anteriores a la fecha de la comisión de la conducta punible que aquí se juzga.

Por ende, solicita casar parcialmente la sentencia y, en consecuencia, conceder la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria al procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR.

3. Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, una vez señala que está de acuerdo con lo planteado por la Fiscal Delegada ante esta esta corporación, agrega que para efectos de establecer si procede la concesión del

beneficio de la prisión domiciliaria en este caso, se debe tener en cuenta la calificación jurídica que surgió en razón del preacuerdo, pues por ella es que a la postre se condenó al procesado.

Adicionalmente expone, como lo hizo la Fiscal Delegada, los argumentos encaminados a demostrar que se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 38B de Código Penal, a efectos de que se conceda la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, por tanto, pide casar parcialmente la sentencia en ese sentido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Antes de emprender el estudio de fondo del recurso de casación formulado por el defensor del procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR, resulta oportuno indicar que le asiste interés para impugnar la sentencia, teniendo en cuenta que la única objeción que le hace a la sentencia dictada como resultado del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, radica en la negativa a concederle al citado la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, instituto que es del caso mencionar, no fue convenido en la aceptación de culpabilidad consensuada (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409).

Señalado lo anterior, es necesario precisar que los problemas jurídicos que plantea el caso que ocupa la

atención son dos, conforme lo identificó la Fiscal Segunda Delegada ante esta Corporación, valga decir, (i) si la degradación que se hace con ocasión de un preacuerdo en torno a la participación en el delito, en concreto de autor a cómplice, proyecta sus efectos para acceder a la prisión domiciliaria y; (ii) si en el *sub judice* se cumplen los requisitos para conceder dicha pena sustitutiva.

Con el fin de resolver los interrogantes que ofrece el asunto objeto de análisis, inicialmente es preciso abordar los argumentos que expuso el Tribunal, a efectos de establecer si acertó al negar la concesión de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria. Lo anterior, en aras de aproximarse a la solución que corresponda.

En ese sentido, se tiene que el juzgador de segundo grado sostuvo lacónicamente que como el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es de *“propia mano, vale decir... de mera conducta que, por lo mismo, desde el punto de vista dogmático, no admite el dispositivo amplificador de la complicidad”*, entonces no era posible que en este caso la Fiscalía preacordara esa forma de participación.

Así mismo, el *ad quem* afirmó que del hecho que se convenga una manifestación de culpabilidad con dicho alcance, *“no significa que desde el punto dogmático varíe, se*

reitera, la tipicidad". Así las cosas, concluyó que era necesario tener en cuenta la pena mínima prevista para el autor de dicho delito, es decir, 9 años de prisión, a efectos de determinar si procedía la prisión domiciliaria, por tanto, afirmó que como el artículo 38B del Código Penal exige que la sanción mínima sea de 8 años de prisión o menos, entonces se imponía negar la pena sustitutiva en mención.

La solución que ofrece el Tribunal obliga a realizar varios comentarios con el ánimo de evidenciar su desacierto.

En primer término, resulta oportuno recordar que el tipo penal que describe el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, es de *"sujeto activo indeterminado y de conducta alternativa, dado que la acción o comportamiento reprimido está gobernado por distintas inflexiones verbales, a saber: importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar o portar; cualquiera de las cuales resulta idónea para materializar el injusto, el cual está complementado con el ingrediente normativo consistente en desarrollar o llevar a cabo alguna de esas actividades «sin permiso de autoridad competente», y el objeto material de la acción lo constituyen «armas de fuego de defensa personal»... [sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones]*.

[A su vez, como] esos objetos sobre los que ha de recaer la acción prohibida no aparecen definidos en el mismo tipo, ni en el respectivo ordenamiento penal sustantivo... resulta forzoso

completar la descripción de la conducta con otros ordenamientos o preceptos, para este caso, el Decreto 2535 de 1993, “Por medio del cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos”. (CSJ SP, 6 jun. 2012, rad. 38566)

Teniendo en cuenta el análisis anterior, se observa que la conclusión del Tribunal conforme a la cual, el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es de “*propia mano, vale decir... de mera conducta*”, es incorrecta.

En primer lugar, cabe recordar que se predica que un tipo penal recoge una conducta de “*propia mano*”, cuando solo el sujeto agente está en condiciones de ejecutarla personal y materialmente, sin que otra persona pueda realizarla en su lugar.

A su vez, en cuanto hace relación al concepto de tipo penal de “*mera conducta*”, es del caso mencionar que se trata de aquellos en los cuales el simple comportamiento del sujeto agente, en razón de la potencialidad criminosa que el mismo envuelve, impone que sea objeto de sanción penal, al margen del resultado que eventualmente se produzca.

Como se puede apreciar, *per se* no es posible equiparar los delitos de propia mano con los de mera conducta, pues mientras los primeros hacen alusión a una exigencia relativa al sujeto agente frente a la conducta, los últimos se refieren

al contenido del comportamiento en razón de la potencialidad del daño que envuelve.

Ahora, al margen de esa puntual circunstancia, cabe precisar que no es cierto que el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones sea de propia mano, pues por los múltiples verbos que contiene, no es posible hacer esa afirmación.

Es más, si en gracia a discusión solamente se contemplara el verbo rector "*portar*" que prevé el delito en cita, que al parecer fue el que tuvo en cuenta el Tribunal para hacer la afirmación de que es de propia mano, entonces resulta suficiente con señalar, para desvirtuar esa postura, que dentro de las múltiples posibilidades que ofrece la casuística, bien puede ocurrir que alguien le preste ayuda a otro para que pueda concretar la conducta de llevar consigo ilícitamente bien un arma, munición o sus partes o accesorios esenciales para aquellas, de donde se sigue que no cabe duda que bajo ese escenario se activa la posibilidad para predicar la forma de participación de la complicidad en los términos del artículo 30 del Código Penal frente a la conducta punible descrita en el artículo 365 del Código penal.

Evidenciado el yerro del Tribunal al negar la concesión de la prisión domiciliaria al procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR bajo el argumento de que dogmáticamente no es

posible predicar la forma de participación de la complicidad en relación con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; por igual se concluye que el *ad quem* también se equivocó al afirmar que para efectos de establecer si procedía la referida pena sustitutiva, se debía tener en cuenta la tipicidad correspondiente y no la preacordada.

En efecto, con ello es claro que el Tribunal desconoce el alcance y poder vinculante de los preacuerdos y, en particular, el celebrado entre el implicado VELANDIA TOVAR y la Fiscalía, en donde aquel aceptó su culpabilidad a cambio de que se degradara su conducta de autor a cómplice en el delito contra la seguridad pública atrás mencionado, tipificación que se ha debido tener en cuenta para analizar si procedía la prisión domiciliaria.

Sobre el particular conviene recordar que la Corporación¹ viene sosteniendo lo siguiente:

Pues bien, lo primero que importa resaltar, para la solución del caso puesto a consideración de la Sala, es que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado, por la vía del allanamiento a cargos o de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez, a quien le corresponde dictar el respectivo fallo anticipado, atendiendo a lo convenido por las partes, salvo que advierta vicios del consentimiento o vulneración de garantías fundamentales.

¹ CSJ SP, 31 jul. 2016, rad. 46101.

Recientemente así lo reiteró la Corte en CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 43356:

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

De lo anterior deriva el primer desacierto del Tribunal, al escindir los efectos del preacuerdo bajo el entendido que S... R... aceptó su responsabilidad a título de autor frente al injusto contra la seguridad pública, sancionado con una pena mínima de nueve (9) años de prisión y que ello es distinto al pacto de degradar la forma de participación de autor a cómplice, como única compensación por la aceptación de cargos.

Bajo esa errada creencia, estableció que no se cumple con el presupuesto objetivo consagrado en el artículo 38B, adicionado por la Ley 1709 de 2014, lo que estimó suficiente para revocar la prisión domiciliaria.

En casos como el presente, esto es, 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», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736, cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes.

Así las cosas, es claro que en este caso el Tribunal no podía dejar de tener en cuenta la tipificación surgida a raíz del preacuerdo, con miras a estudiar la procedencia de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria.

De otra parte, si bien el juez *a quo* y Tribunal, para sustentar la negación de la prisión domiciliaria, esgrimieron la decisión de la Corte del 26 de noviembre de 2014 proferida dentro del radicado No. 44906, se observa que descontextualizaron su alcance con el fin de extraer de ella la conclusión según la cual, a pesar del preacuerdo, que en ese caso significó degradarle la forma de participación al procesado de autor a cómplice, en todo caso, para efectos de estudiar la concesión de la pena sustitutiva en mención, se le debía seguir teniendo en la calidad de autor.

Entonces, con el fin de evidenciar la tergiversación en la que incurrieron los juzgadores de instancia, se trae el pasaje pertinente de la decisión que tuvieron en cuenta, con el fin de mostrar el error.

Una vez delimitado el marco conceptual de los preacuerdos, especialmente en lo que hace a las concesiones que de manera legítima puede realizar la fiscalía; se observa que ninguna dificultad aparece reconocer al autor de una conducta punible, el descuento punitivo propio de la complicidad (art. 30, inc. 2º C.P.), es decir, de una sexta parte a la mitad de la sanción prevista para la respectiva infracción. Ello, de ninguna manera desconoce el principio de legalidad del hecho, por cuanto, la imputación —y la acusación inclusive— que viene formulada a... es clara en establecer —en lo fáctico y en lo jurídico— su condición de autor de los delitos de Prevaricato por acción (en concurso homogéneo) y Peculado por apropiación. Lo que ocurre es que, en contraprestación al reconocimiento de culpabilidad que aquél hiciera previo al inicio del juicio oral, la fiscalía le reconoció la pena dispuesta para el cómplice que, obviamente, es menor a la que le correspondería en su condición de autor.

Como se puede apreciar, es claro que en la citada determinación no se afirmó que a pesar de que se degradaba la conducta de autor a cómplice al implicado, en todo caso se le debía condenar como autor, según lo entendieron equivocadamente los juzgadores de instancia, sino que en la formulación de la imputación y en la acusación, se había señalado que el procesado era autor y que era posible, en razón del preacuerdo celebrado, proferirle una sentencia en la calidad de cómplice, al tratarse de una de las posibilidades que contempla la ley (art. 350 de la Ley 906 de 2004).

Por tanto, puestos de presente los yerros en que incurrió el Tribunal, corresponde entrar a resolver los

interrogantes que ofrece el caso bajo estudio, conforme se indicó inicialmente.

En ese sentido, se impone abordar el relativo a si la degradación que se hace con ocasión de un preacuerdo en torno a la forma de participación en el delito, en concreto de autor a cómplice, proyecta sus efectos para acceder a la prisión domiciliaria.

Con el fin de resolver ese interrogante, basta remitirse a la decisión (CSJ SP, 31 jul. 2016, rad. 46101) que se evocó al momento en que se cuestionó la conclusión del Tribunal conforme a la cual, al margen del preacuerdo suscrito entre el procesado y la Fiscalía para cambiarle la forma de participación de autor a cómplice en el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones por el que aquí se procede, se debía tener en cuenta la tipicidad propia del caso y no la preacordada, en orden a estudiar si se concedía la prisión domiciliaria.

En efecto, según se indicó por la Sala en dicha determinación, de un lado, *“la aceptación de responsabilidad por parte del acusado por la vía... de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez”* y, de otra parte, *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 [procedencia de la] pena sustitutiva de prisión [domiciliaria por] la intramural] conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736”.

Así las cosas, no cabe duda que la tipificación de la conducta plasmada en un preacuerdo válidamente celebrado, no solo vincula al juez al momento de dictar la sentencia, sino que al establecer la procedencia de la prisión domiciliaria en ese escenario, debe tener en cuenta la calificación fruto de aquella aceptación de culpabilidad consensuada.

Ahora, resuelto el primero de los interrogantes, se aborda el restante, esto es, el relativo a si en el caso de la especie concurren los requisitos para conceder la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 del Código Penal, la cual es reglamentada en el artículo 38B *ibídem*, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

Por tanto, resulta oportuno recordar que el artículo 38B prevé lo siguiente:

Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*

2. *Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo [68A](#) de la Ley 599 de 2000.*

3. *Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. *Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

a) *No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;*

b) *Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;*

c) *Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;*

d) *Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.*

En esa medida, se observa que el primer requisito que establece la norma en cita para acceder a la prisión domiciliaria, hace alusión a que la condena proceda por una “*conducta punible*” que tenga una pena privativa de la libertad mínima señalada en la ley de 8 años de prisión o menos.

En ese sentido, se debe recordar que la Sala², sobre el concepto de “*conducta punible*” en dicho contexto y en relación con un caso que recoge un supuesto de hecho semejante al que ahora convoca la atención, señaló lo siguiente:

En el pronunciamiento CSJ SP, 31 ago. 2005, rad. 21720... la Colegiatura hizo una síntesis de la jurisprudencia precedente y concluyó que, con relación a la exigencia objetiva aludida, «por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian»; entonces, el tiempo previsto por dicha norma corresponde al de la sanción mínima del delito, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad.

En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y que deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y complicidad), las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de

² CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 45181.

punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal).

En cambio, quedan por fuera todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya concurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, como por ejemplo la confesión, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada, o la retractación en el falso testimonio.

Sobre la misma temática ha puntualizado la Sala de Casación Penal:

No sería equitativo que para tales efectos se tengan en cuenta exclusivamente las circunstancias agravantes específicas, pues al igual que éstas la complicidad, la tentativa, la ira e intenso dolor, entre otros dispositivos amplificadores, hacen parte de la figura delictiva, y no existe razón para ignorarlas al momento de entrar a considerar la posibilidad de sustituir la prisión intramuros por domiciliaria.

Además de lo anterior, no puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y ésta es una decisión que se ha tomado con la precisión de todas las circunstancias que rodean el hecho, razón de más para estimar que cuando la norma habla de conducta punible no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad. (CSJ SP, 15 sep 2004, rad. 19948, reiterada en CSJ SP, 18 nov 2008, rad. 30539).

En el sub iudice, dentro de las cláusulas del pacto no se encuentra el otorgamiento de la privación de libertad en la residencia del acusado, pero ello de ninguna manera impedía que la judicatura evaluara la posibilidad de acceder a ésta, por

lo tanto, la negativa categórica del a quo y el ad quem constituye una violación directa de la ley sustancial que merece corrección en sede extraordinaria, pues tal prohibición no está contenida en los textos que regulan el preacuerdo... (subrayas fuera de texto)

De lo anterior se sigue que si bien en la decisión rememorada se excluyen los efectos de la “*sentencia anticipada*” para determinar la pena en orden a establecer si concurre el requisito objetivo previsto en el numeral 1° del artículo 38B del Estatuto Punitivo (pena de 8 años de prisión o menos para el delito por el que se procede), por igual se advirtió que tratándose de preacuerdos se debía tener en cuenta la tipificación fruto de esa aceptación de culpabilidad consensuada.

Ello obedece a que en términos del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, tal aceptación de culpabilidad se entiende que es la acusación, *contrario sensu* a como ocurre en la Ley 600 de 2000 (“*sentencia anticipada*”), en donde la reducción de la pena no surge a consecuencia de una tipificación más favorable, sino que la rebaja en la sanción se hace teniendo como punto de partida la imputación jurídica que corresponda, que procesalmente puede ser la señalada en el acta de aceptación de cargos respectiva, o en la resolución que resuelve la situación jurídica, cuando es necesario definirla, o en la acusación; dependiendo del momento en que se produce la referida aceptación (art. 40).

De allí que frente a la Ley 906 de 2004 y en lo que toca con la manifestación de culpabilidad preacordada bajo una tipificación más favorable, el concepto “*conducta punible*”, para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, es la que se pacte en el preacuerdo.

Así las cosas, como en el caso de la especie se procedió por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, el cual tiene una pena mínima de 9 años de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000 (modificado por los artículos 38 y 19 de las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011) y el mismo se imputó bajo la forma de participación de la complicidad, y en el artículo 30 *ibídem*, dicho amplificador del tipo conlleva a que se disminuya la pena de una sexta parte a la mitad, de esto se sigue que la sanción mínima posible en la ley para el caso de la especie es de 4 años y 6 meses, la cual es inferior a la establecida en el numeral 1° del artículo 38B de la ley 906 de 2004 para acceder a la prisión domiciliaria, por consiguiente, en este asunto se cumple esa exigencia.

De otra parte, el numeral 2° del artículo 38B prevé que la conducta punible respecto de la cual se pretende conceder la prisión domiciliaria, no debe estar dentro de aquellas que se prohíbe la concesión de la pena sustitutiva en mención,

de conformidad con lo preceptuado en el artículo 68A del Código Penal.

Cabe señalar que dicha norma (art. 68A) contiene dos condiciones que dan lugar a impedir el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

De un lado, el inciso 1° del artículo 68A³ del Estatuto Punitivo exige que la persona no haya sido condenada penalmente dentro de los 5 años anteriores a la comisión del delito por el que se le juzga, circunstancia que se satisface en este asunto, por cuanto conforme se dejó señalado por la Fiscalía en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2000, a través del oficio No. 731393 del 31 de diciembre de 2014 de la Policía Nacional, se conoció que el procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR no registra sentencias de carácter penal en su contra⁴.

Ahora, el artículo 38B del Código Penal por igual exige, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 68 A⁵ *ibídem*, que el delito por el cual procede la condena no

³ “No se concederá... la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión... cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores”.

⁴ Audiencia del 16 de marzo de 2015 de aprobación de preacuerdo y artículo 447 de la Ley 906 de 2004, minuto 23:15 del registro.

⁵ “Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares;

esté dentro del listado allí previsto, de manera que realizada la confrontación correspondiente, se concluye que la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, no se encuentra incluida dentro de las que allí se señalan.

De otra parte, el numeral 3° del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 consagra que para efectos de conceder la prisión domiciliaria, el procesado debe contar con arraigo familiar y social.

La Sala⁶, en relación con ese concepto, ha señalado que debe entenderse *“como el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes...”*.

Al respecto se observa que, conforme quedó consignado en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el procesado cuenta con familia nuclear

apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.” (No se tiene en cuenta la reforma introducida a través del artículo 4° de la Ley 1773 de 2016, toda vez que no estaba vigente para la época de los hechos).

⁶ CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 46647

(padre y madre) y extensa (tíos y primos, tanto maternos como paternos), domicilio conocido (Calle 1C Oeste No. 100 Bis-88, apartamento 304, Bloque 80, Unidad Residencial Santa Helena) y una ocupación laboral de la cual deriva su sustento (administrador de un establecimiento dedicado a la venta de comidas rápidas)⁷, arraigo que fue admitido por la Fiscalía en dicha oportunidad⁸.

En esa medida, es claro que se satisfacen los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, conforme lo concluyeron la Fiscal y el Procurador Delegados ante esta Corporación.

Ahora bien, para acceder a dicha pena sustitutiva, el procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR debe suscribir acta en la que se comprometa a cumplir las obligaciones consagradas en el numeral 4° del artículo 38 B del Código Penal, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), suma que se fija en atención a su capacidad económica y la naturaleza del delito cometido.

La suscripción de la respectiva diligencia de compromiso y la recepción de la caución quedarán a cargo

⁷ Audiencia del 16 de marzo de 2015 de aprobación de preacuerdo y artículo 447 de la Ley 906 de 2004, minuto 26:30 del registro.

⁸ Ídem minuto 25:50 del registro.

del juez de primera instancia, el cual ejerce jurisdicción en el territorio donde el sentenciado está privado de la libertad⁹.

Casación de oficio:

Sobre la forma de participación deducida en la sentencia:

El juzgador de primer grado condenó al procesado JUAN CAMILO VALENCIA TOVAR como “*autor*” del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a pesar de que aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el citado en donde éste aceptó su culpabilidad a cambio de que se le sentenciara como “*cómplice*”.

En esa medida, es del caso señalar que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, el preacuerdo obtenido entre la Fiscalía y el procesado funge como escrito de acusación, por tanto, ese es el referente a tener en cuenta a la hora de proferir la sentencia, en aras de salvaguardar el principio de congruencia.

⁹ CSJ SP, 15 feb 2012, rad. 36607; CSJ SP, 9 jul 2014, rad. 43711 y CSJ SP, 5 ago. 2014, rad. 43860.

Igualmente, es oportuno recordar que al resolverse el primero de los interrogantes que propuso el caso de la especie, es decir, el relativo a si la degradación que se hacía con ocasión de un preacuerdo en torno a la participación en el delito, en concreto de autor a cómplice, proyectaba sus efectos para acceder a la prisión domiciliaria; se concluyó que bastaba remitirse a CSJ SP, 31 jul. 2016, rad. 46101, para afirmar que se debía tener en cuenta la tipicidad preacordada y no la que en realidad correspondía al caso, a la hora de proferir la sentencia respectiva y en orden a estudiar la concesión de beneficios.

Así las cosas, para el efecto se recordó que en dicha decisión la Sala, de un lado, expresó que *“la aceptación de responsabilidad por parte del acusado por la vía... de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez”* y, de otra parte, 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... condenarlo a ese título... según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736”*.

Por tanto, no cabe duda que la tipificación de la conducta, en los términos de un preacuerdo válidamente celebrado, vincula al juez al momento de dictar la sentencia y, por tanto, en ese escenario se debe tener en cuenta la

calificación fruto de aquella aceptación de culpabilidad consensuada.

Por ende, en la parte resolutive de esta determinación se precisará que es como cómplice que procede la condena contra el procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR (en el mismo sentido, SCJ SP, 24 feb.2016, rad. 45736).

Sobre la dosificación de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas

Al respecto se observa que el juzgador de primer grado, al fijar esa pena accesoria, concluyó que debía imponerse en el equivalente a la de prisión, esto es, en 4 años y 6 meses.

Esa puntual circunstancia también conduce a casar de oficio la sentencia, por cuanto ello se opone al criterio mayoritario de la Sala.

En efecto, de acuerdo con CSJ SP, 21 oct. 2015, rad. 44367, entre otras decisiones, se tiene que la dosificación de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, se debe realizar aplicando el sistema de cuartos de que trata el artículo 61 del Código Penal.

En efecto, en esa determinación se indicó al respecto:

...así como ocurre en la dosificación de las penas que restringen la libertad, en las privativas de otros derechos, bien sean principales o accesorias, es imperativo sujetarse al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 y demás normas concordantes del Código Penal. Lo anterior, por las siguientes razones:

El legislador de la Ley 599 de 2000 no distinguió, ni la Corte tampoco tiene por qué hacerlo, entre la dosificación de las penas privativas de la libertad ni las restrictivas de otros derechos, ni entre la individualización de las penas principales (prisión, multa y privaciones de otros derechos señaladas en forma específica en tipos penales) y las accesorias (distintas a la inhabilitación que va aparejada con la de prisión).

En efecto, el rótulo jurídico del artículo 61 del Código Penal, que contiene la aplicación del sistema de cuartos para el proceso de dosificación punitiva, es «fundamentos para la individualización de la pena»; no dice «fundamentos para la individualización de la pena de prisión», ni «fundamentos para la individualización de las sanciones principales». En otras palabras, la expresión «pena», al no ir acompañada de otra que la especifique o restrinja, debe comprender las sanciones contempladas en el estatuto punitivo, incluidas las penas privativas de otros derechos a las cuales alude el artículo 52 inciso 1° de la Ley 599 de 2000

Así las cosas, con el fin de establecer, en el caso de la especie, el monto de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas utilizando el sistema de cuartos, se tiene lo siguiente.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 51 del Código Penal, la pena accesoria en cuestión tiene un rango de duración de 1 a 15 años, pero como la imputación en este caso es a título de cómplice, se debe reducir de una sexta parte a la mitad de conformidad con el artículo 30 *ídem*, así que siguiendo las reglas del artículo 60-5 *ibídem*, en concordancia con el artículo 61 *ejusdem*, el primer cuarto oscila entre 6 y 42 meses, los medios entre 42 y 114 meses y el máximo entre 114 y 150 meses.

Ahora, teniendo en cuenta el criterio sentado por el juzgador al dosificar la sanción en la sentencia, se observa

que éste, siguiendo los términos del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado, impuso la pena mínima, así que acorde con esa postura, la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas se fijará en 6 meses.

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

RESUELVE:

1. CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, en consecuencia:

1.1. PRECISAR, de oficio, que la condena contra el procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR es a título de **cómplice** del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

1.2. FIJAR, de oficio, la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en seis (6) meses.

1.3. CONCEDER al inculpado VELANDIA TOVAR la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, cuya materialización se condiciona a la constitución de la caución y a la firma del acta de compromiso respectiva, en los términos señalados en la parte motiva de esta determinación.

2. MANTENER incólumes las demás decisiones adoptadas en la sentencia recurrida.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Salvo parcialmente el voto

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Salvo parcialmente el voto

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con las manifestaciones que expresé durante la discusión del respectivo proyecto, me permito indicar que no comparto la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado en razón de la vulneración del principio de legalidad, como consecuencia de que los falladores de instancia no hubieran aplicado el sistema de cuartos en la determinación de la pena accesoria de «*privación del derecho a la tenencia y porte de arma*».

Las razones de mi disenso son, en esencia, las siguientes:

1. La decisión que se adoptó por la mayoría tiene como argumento central que el juzgador debe atender las directrices legalmente establecidas para la determinación de la pena, esto es, acudir al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, del cual no se exceptúan las sanciones accesorias, como que la norma en cita ninguna distinción hace al respecto, y dado que la restricción del derecho a la tenencia y porte de arma se establece entre dos extremos que van de uno (1) a quince (15) años, según el artículo 51 *ibídem*.

2. Sin embargo, en la providencia de la que respetuosamente me aparto se dejan de lado los temas relativos a (i) la naturaleza y fines de las penas accesorias y (ii) razones de justicia material, concretadas en el principio de proporcionalidad de la sanción penal. En este último aspecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 del C.P., se ofrece adecuado inaplicar el sistema de cuartos en la dosificación de las penas accesorias, habida cuenta que tal labor ha de entenderse como un *ejercicio de ponderación motivada*, delimitado por lo dispuesto en el artículo 51 *ibídem*.

2.1 En cuanto al primer aspecto, cabe anotar que las penas restrictivas de otros derechos (art. 43 C.P.) son aquellas que privan o restringen a su titular del ejercicio de facultades o prerrogativas distintas a la libertad personal o a su peculio. Dichas sanciones pueden ser principales cuando

así se consagren en el respectivo tipo penal (art. 35 *ibídem*) o accesorias, cuando no obren como tales (art. 34 *ejusdem*).

Del artículo 52 de la codificación citada se extrae que la aludida clase de penas solo pueden ser aplicadas por el juez (i) con ocasión de la imposición de una pena principal y (ii) siempre que entre la realización del delito y el contenido de la pena accesoria exista una «**relación directa**», valga decir, se verifique un vínculo estrecho entre su contenido y la conducta punible cometida.

De otro lado, si bien originalmente el legislador consideró que en quien recaía una condena de prisión era indigno y, por tanto, estableció la restricción para el ejercicio de algunos de sus derechos políticos y, principalmente, para desempeñar cargos públicos, lo cual explica la existencia de ciertas penas accesorias denominadas obligatorias o «*automáticas*»¹⁰, aquella visión evolucionó hacia un concepto preventivo¹¹, cuyo propósito es conjurar el riesgo de reiteración de delitos que de forma directa tengan relación con determinadas actividades o derechos, finalidad que sustenta la aplicación de las llamadas penas accesorias discrecionales o «*facultativas*»¹².

Sobre cómo se determinan cuantitativamente las penas accesorias, cabe destacar que dos aspectos permiten concluir que en ese ejercicio no tiene cabida el sistema de cuartos –art. 61 C.P.–, el cual está previsto para la individualización de las

¹⁰ Art. 52, inc. 3º, C.P.; art. 16 C. Co.; art. 163 de la Ley 685 de 2001 y art. 24 Ley 1257 de 2008.

¹¹ POSADA MAYA RICARDO Y HERNÁNDEZ BELTRÁN HAROLD MAURICIO, *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Medellín, 2001, pág. 260.

¹² Art. 52, inc. 1º, C.P.

penas principales, ellos son: (i) la función primordial que cumplen las penas accesorias difiere de la que tienen asignada las penas principales; y, (ii) el margen de apreciación *reglado* del que goza el sentenciador, según se extracta de los artículos 52, inc. 1º, y 59 *ibídem*, lo faculta para imponer o no en cada caso las penas accesorias que estime necesarias, así como para fijar el término de duración de las mismas.

2.1.1 En relación con el primer punto, cabe destacar que, en términos generales, en la concepción dogmática del Código Penal de 2000, la pena en sentido amplio cumple varias funciones, tales como, «*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*»¹³, por lo que puede afirmarse que no se adscribe a una tesis en particular, valga decir, ni a las teorías absolutas que propenden porque el fin de la pena es únicamente la retribución o compensación en razón de la comisión del delito, ni a aquellas denominadas relativas que consideran a la pena como un medio para conseguir un fin, es decir, que tiene propósitos exclusivamente preventivos orientados a evitar que se cometan delitos en el futuro, sino que se ubica dentro de las concepciones mixtas, que son aquellas que buscan conciliar las dos anteriores, aceptando la idea retributiva, pero sin desligarla del cumplimiento de fines preventivos, bien sea generales o especiales¹⁴.

¹³ Art. 4º Código Penal.

¹⁴ MORRILLAS CUEVA LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, pág. 18.

Ahora, como se señaló párrafos atrás, las penas accesorias, en cuya imposición e individualización el juez goza de un margen de apreciación motivado, no hay una determinación legislativa absoluta del aspecto cualitativo. Éste es flexible, al punto que corresponde al juzgador determinar en qué casos resulta necesaria su imposición, atendiendo a las particularidades del asunto concreto, obviamente respetando las pautas establecidas en la ley –art. 52, inc. 1º, C.P.– y considerando que aquéllas tienen una marcada **finalidad preventiva**¹⁵, en tanto que con su aplicación se pretende precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos mediante la restricción de derechos o prerrogativas, distintas a las que resultan limitadas con la aplicación de la sanción principal –con injerencia en la libertad personal y el patrimonio económico–.

En otras palabras, si bien las penas en general, principales y accesorias, obedecen a unos específicos fines consagrados en el artículo 4º del C.P., dada la particular naturaleza y función que aquéllas cumplen, itérese, fundamentalmente utilitarista mediante la prevención del delito, demandan en su determinación la existencia de un estrecho nexo entre el injusto penal y el derecho que se busca restringir, de donde se sigue que su afectación emergerá necesaria solo en la medida en que surja patente que la restricción de los derechos que conlleva la imposición de las

¹⁵ POSADA MAYA RICARDO y HERNÁNDEZ BELTRÁN HAROLD MAURICIO, *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Medellín, 2001, pág. 260.

penas principales, resulta insuficiente para prevenir, en el caso particular, el comportamiento delictivo¹⁶.

Por tanto, sin desconocer que las penas principales de prisión y multa, así como las restrictivas de otros derechos cuando están previstas como tales, amén de la función de retribución justa que apareja la realización del delito, también cumplen fines preventivos –generales y especiales–, bien puede suceder en determinados casos que la limitación de la libertad y el patrimonio, producto de la sanción principal, no sean medidas suficientes para proteger ciertos bienes jurídicos de ulteriores conductas desviadas por parte del condenado. Por tal razón, la concreta armonización de las finalidades preventivas de la pena con el principio de proporcionalidad (arts. 3º, inc. 1º, y 4º del C.P.), impone la necesidad de ampliar esa cobertura con la aplicación de sanciones adicionales.

Al respecto la doctrina ha considerado que:

[E]s imprescindible que el hecho cometido por el autor permita justificar la necesidad de agregar medidas que cubran la mayor gravedad o exigibilidad del comportamiento inicialmente sancionado, a través de efectos diferentes a los que producen las penas principales, y que no sean contemplados por ellas, para precisar una adecuada proporción entre la sanción y el delito, y, en todo caso, para brindar una mayor protección a los bienes jurídicos vulnerados no protegidos directamente por la norma penal.¹⁷

¹⁶ Ídem, pág. 337.

¹⁷ POSADA MAYA RICARDO y HERNÁNDEZ BELTRÁN HAROLD MAURICIO, *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Medellín, 2001, pág. 337.

En esa medida, resulta coherente con las finalidades de la pena principal, mencionadas *ut supra*, que en su individualización se acuda al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, puesto que la determinación concreta de aquella obedece primordialmente a factores objetivos que tienen relación con el injusto típico, siendo su límite el grado de culpabilidad, lo que explica que en la fijación del marco de punibilidad se deban tener en cuenta circunstancias modificadoras de los extremos mínimo y máximo de la sanción prevista para el respectivo tipo básico o especial, tales como las causales específicas de agravación y atenuación punitiva, la tentativa, la complicidad, la ira o intenso dolor, entre otras, que no resultan aplicables a los límites que fijan la duración de las penas accesorias, pues nada tienen que ver con el propósito que éstas persiguen.

En efecto, la finalidad **preventivo-especial** de las penas accesorias, se relaciona directamente con el abuso del derecho que se pretende restringir para evitar futuras afectaciones del bien jurídico protegido, lo cual exige un análisis diverso en el que no tienen cabida factores objetivos como los atrás enunciados respecto de la individualización de la pena principal, sino primordialmente subjetivos, relativos a la persona del autor, pero no desde la óptica de su peligrosidad, concepto abiertamente contrario a los principios que orientan el derecho penal y su consecuencia jurídica en un Estado Social y Democrático de Derecho, sino a partir de los fines de

la pena, particularmente el de prevención, según se desprende del artículo 4º del Código Penal.

En tal sentido, la doctrina considera primordial que en el proceso de individualización judicial de la pena, el sentenciador tenga como norte de su actividad, en general, los fines de la pena y, en particular, un propósito específico, que en el caso de las sanciones facultativas que afectan otros derechos es marcadamente preventivo-especial, según quedó visto, y a partir de tal entendimiento, fije la sanción.

Sobre el punto, el tratadista Eduardo Demetrio Crespo, en su obra «*Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*»¹⁸, sostiene:

*Aunque ello sea bastante obvio a tenor de lo ya dicho hasta ahora, sobre todo en el análisis del concepto de «factor final de la I.J.P.¹⁹», no es recurrente señalar que los fines de la pena son el presupuesto fundamental de la I.J.P. La determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada momento de la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales que concurren en la I.P.J., como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer²⁰. Creo que no es exagerado decir que la racionalización de la I.J.P. debe empezar por clarificar la cuestión de los factores finales de la I.J.P., **ya que dependiendo de qué fin de la pena se tome como punto de referencia, la individualización de la pena por el juez en el caso concreto***

¹⁸ Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª Edición: mayo de 1999.

¹⁹ Individualización Judicial de la Pena.

²⁰ «Hirsch, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit.* p. 9; Gribbohm, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit.* p. 103».

puede conducir a resultados muy diferentes.²¹ (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Siendo ello así, emerge razonable que el juzgador disponga de cierta discrecionalidad –siempre motivada– en la determinación cuantitativa de las penas accesorias, en orden a materializar su fin primordial de naturaleza preventivo-especial, sin estar sometido a factores puramente objetivos que en no pocas ocasiones tornan inane la restricción de otros derechos, en tanto su propósito es proteger un interés jurídico específico de futuras afectaciones mediante efectos distintos a los que produce la pena principal y que ésta no alcanza a cobijar; no de otra manera se explica que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (art. 43-1 C.P.) esté prevista en algunos tipos penales como sanción principal y en otros acceda a ésta, o que a la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 43-8 *ejusdem*) el legislador no le haya fijado duración.

2.1.2 En cuanto a la segunda cuestión, valga decir, la atinente al ejercicio de ponderación aplicable por el juzgador en orden a establecer la procedibilidad de la pena accesoria en el asunto particular –factor cualitativo–, lo que se advierte es una armonización del principio de legalidad de la pena con el de proporcionalidad –el cual también ostenta la categoría de principio rector y garantía fundamental²²–, habida cuenta que,

²¹ Página 73.

²² Cfr., C.S.J. SP. 27/02/13, rad. 33254 y 24/06/15, rad. 40.382, entre otras.

a diferencia de lo que ocurre con las penas principales, las cuales han sido reguladas de manera absoluta por el legislador en la parte especial para cada delito, frente a las primeras hay un margen de apreciación judicial reglado que, atendiendo a los factores generales previstos en el inciso primero del artículo 52 de la Ley 599 de 2000²³, determina en qué casos resulta necesaria la imposición de una restricción o prohibición de derechos, adicional a la que comportan las penas principales.

Ahora, la limitación del principio de estricta legalidad de la pena en punto de la elegibilidad de la sanción accesoria facultativa, se explica en que *«no en todos los casos es justificado, desde el punto de vista de la prevención, la proporcionalidad y la necesidad de la pena, preestablecer efectos agregados a los contemplados por las penas principales frente a un determinado hecho punible, sin considerar las circunstancias y características concretas de su realización»*²⁴.

En esa medida, si la ley atribuye al juez la facultad reglada de imponer o no cierta pena accesoria, cuando la restricción de otros derechos se ofrezca necesaria para cumplir sus fines preventivo-especiales de protección del interés jurídico, también emerge razonable que en su determinación cuantitativa aquel tenga la posibilidad, atendidas las

²³ «Art. 52. Las Penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena».

²⁴ POSADA MAYA RICARDO y HERNÁNDEZ BELTRÁN HAROLD MAURICIO, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 339.

particularidades del caso, de fijar la cantidad de sanción que, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, se requiera para que se obtenga el propósito perseguido, sin que en esa labor deba acudir al sistema de cuartos.

En efecto, tal como se indicó párrafos atrás, las reglas contenidas en los artículos 60 y 61 del Código Penal para la determinación del marco de punibilidad y la individualización de la pena, responden principalmente a factores objetivos relacionados con el injusto típico, que no son aplicables a las penas accesorias, pues no cabe duda que los extremos mínimo y máximo de estas últimas no se modifican porque concurra una causal específica de agravación o atenuación punitiva, que se predicen del tipo básico o especial, tampoco cuando el delito es tentado, ni frente a ellas se pueden considerar circunstancias tales como la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas –art. 56 C.P.–, o la ira e intenso dolor –art. 57 *ibídem*–, entre otras, lo cual se explica en que el fin preventivo–especial de las sanciones accesorias obedece a factores subjetivos de la conducta, que corresponde al juez valorar para fijar el monto de la pena atendiendo, *verbi gratia*, el criterio legal de la intensidad del abuso del derecho en la realización del delito, contenido en el artículo 52, inc. 1º, del C.P.

Lo anterior no significa que la cantidad de sanción accesoria quede librada al capricho o arbitrariedad del juzgador, pues éste, en todos los casos, deberá exponer en la sentencia *«la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena»*, como lo ordena el inciso segundo del artículo 52 del Código Penal, en concordancia con el artículo 59 *ibídem*, labor en la cual tendrá especial cuidado en velar porque se cumplan los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que orientan la imposición de las sanciones penales, según el artículo 3° *ejusdem*, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular.

De esa manera se garantizan el debido proceso sancionatorio y el principio de estricta jurisdiccionalidad²⁵, según el cual la actividad judicial debe ser comprobable y verificable, aspectos que se reflejan en la motivación de la sentencia y que obviamente comprenden la determinación de la pena en sentido general.

Consecuente con lo anterior, considero que en la aplicación cualitativa y cuantitativa de las penas accesorias de que trata el artículo 52 del Estatuto Punitivo, debe primar el

²⁵ En SCC C-272 de 1999, sobre dicho principio y el de estricta legalidad, el Tribunal Constitucional refirió que *«ciertamente, la Corte estima que el proceso penal, en cuanto manifestación del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad»*, y en cita de pie de página añadió que *«mientras que el primero de estos principios determina que los delitos se encuentren inequívocamente consagrados en una ley que exista previamente a la conducta humana que, conforme a esa ley, se considera delictuosa, el segundo requiere que las acusaciones en contra del acusado sean sometidas a una estricta verificación judicial y puedan ser ampliamente controvertidas por el imputado. Sobre la significación y alcance de estos principios en el Estado democrático de derecho contemporáneo, véase Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 34-38, 94-97, 373-385, 603-623»*.

fin preventivo especial, así que no tiene cabida el sistema de cuartos que, según quedó visto, está diseñado para fijar las penas principales, en tanto éstas sí tienen una regulación absoluta en cada tipo penal, dado los efectos que de antemano le señaló el legislador a la sanción de la conducta punible, fundado en razones de política criminal.

3. En esa medida, observo que en el caso particular se fijó la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma en 6 meses, con lo que en modo alguno se tuvo en cuenta la conducta del procesado, la cual da cuenta que se le capturó cuando en vía pública portaba dos revólveres, lo que, en desarrollo del **fin preventivo especial**, exigía que se le impusiera una restricción a dicho derecho acorde con la necesidad de precaver el abuso del derecho en que incurrió de manera superlativa, pues el porte plural de armas de fuego demanda una mayor prohibición a los efectos de evitar a futuro la comisión de tales conductas, que es a lo que por supuesto apunta el fin anotado.

Cabe destacar además, que la decisión mayoritaria de la cual me aparto desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, desde la perspectiva del mandato de protección suficiente, el cual está relacionado con el postulado de vigencia de un orden justo²⁶ y, por ende, con el imperativo del Estado de promover ese orden y el deber de investigar y sancionar las infracciones a la ley penal, *imponiendo penas condignas con el grado del injusto y de*

²⁶ SCC T-429 de 1994 y SCC C-306 de 2012, entre otras.

culpabilidad, pero sin dejar de lado la función que aquellas han de cumplir en cada caso.

De tal forma que si como lo ha reconocido esta Corporación, «*los fallos de la judicatura están inspirados en un principio de justicia, como lo ha dejado entrever la doctrina constitucional, por ejemplo en la sentencia C-366 de 2000*»²⁷, dicho postulado se quebranta en casos como el presente, donde el fin de **prevención especial** que orienta primordialmente la imposición de las penas accesorias queda fuertemente menguado.

En efecto, el fin **preventivo especial** de las sanciones accesorias facultativas queda comprometido porque si a quien es declarado penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 C.P.) en calidad de cómplice, se le impone la pena mínima privativa de la libertad prevista en la ley –4 años y 6 meses–, en ese orden, siguiendo el sistema de cuartos, termina por aplicársele, como se dejó expuesto, el extremo *ídem* de la pena accesoria, valga decir, 6 meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, sin detenerse a examinar las particularidades del caso que, como en el *sub judice*, aconseja restringir el respectivo derecho en un *quantum* superior al mínimo que resultaría de aplicar la regla prevista en el artículo 61 del Código Penal, en orden a precaver la afectación futura de

²⁷ CSJ SP, 29 jul. 2009, rad. 28725.

bienes jurídicos concretos en particular los de la seguridad pública, la vida y la integridad de las personas.

Con todo comedimiento,

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Casación Rdo. 46684. Acta 376 del 23 -11-2016

Procesado: JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR

Delito: Porte ilegal de armas

**Mag. Ponente: FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO**

Mag. Salva Voto: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

1. caso concreto.

En este asunto se condenó al procesado por una modalidad de participación que no corresponde a la conducta óptica y típica. Se declaró al inculcado responsable en calidad de cómplice cuando la estricta tipicidad era la de autor en un delito de porte de armas en la que ninguna persona distinta a VELANDIA TOVAR intervino en la consumación del delito.

Además se examinaron los requisitos del sustituto penal bajo presupuestos jurídicos que no correspondían.

Comparto la decisión de la Sala mayoritaria en cuanto hay mérito para condenar al procesado, pero a mi juicio debió casarse la sentencia porque se aprobó un preacuerdo que violó garantías fundamentales del inculcado, de la víctima, del ministerio público y de la fiscalía, al admitirse como legal un preacuerdo que desconoció la estructura procesal y sustancial establecida para ese mecanismo en la Ley 906 de 2004 y los derechos y garantías fundamentales a los que se hace alusión en los párrafos siguientes.

Las razones por las que estimo que se dio el susodicho quebrantamiento se exponen en los acápite siguientes.

Registro jurisprudencial.

En esta oportunidad reafirmo la convicción acerca del trato que debe darse a los preacuerdos y que fuera expuesta en la aclaración de voto presentada en la casación de 17 noviembre de 2016 en el radicado No.47869.

En consecuencia, seguidamente repito lo dicho en esa oportunidad.

1. PROPÓSITO.

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

Los argumentos expresados en este salvamento de voto demuestran que la propuesta no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, ni se atenta contra la teoría del tipo, el principio prohomine, los derechos o las garantías debidas al Fiscal, el defensor, el procesado, la víctima o el Ministerio Público.

2. ANTECEDENTES.

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

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

Los ejemplos señalados son los problemáticos en los preacuerdos y con base en los cuales he venido desde hace varios años estructurando el salvamento de voto que supera esas dificultades, aquellos representan una amenaza a la justicia material, a la legalidad, tipicidad estricta, debido proceso, derecho a la igualdad, garantías de la víctimas, pues pueden conllevar a la extinción de la acción penal por vía de la caducidad o prescripción de la acción penal, desconocer la voluntad del legislador, entre otros supuestos más.

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

3. PREACUERDOS.

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

Los preacuerdos por definición se celebran con culpables del delito cometido, el artículo 348 del C de P.P. al referirse a los fines de dicho mecanismo no estableció ninguno compatible con la exoneración o modificación de la responsabilidad penal por el delito ejecutado.

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

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

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

3.1. Naturaleza y fundamentos.

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

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

Así por ejemplo, hay discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal con el principio de oportunidad, la que no se tiene con los preacuerdos, en estos se debe ejercer la potestad investigativa y acusadora con objetividad, oficiosamente o a petición del querellante y conforme a la estricta tipicidad que a los hechos corresponda, dadas las

previsiones que en esta materia se hicieron en la sentencia C-1260 de 2005. En los preacuerdos se está atado a la prueba mínima, a los hechos probados y respetar las garantías de las partes e intervinientes.

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

3.2. Los fines de los preacuerdos.

Los fines perseguidos con el preacuerdo están consignados en el artículo 348 del C de P.P. y consisten en la humanización de la actuación procesal y de la pena, la pronta y cumplida justicia, lograr la solución de los conflictos sociales provocados por el delito, la reparación integral de los perjuicios ocasionados, la participación del imputado en la definición de su caso, de estos derechos son titulares todas las partes e intervinientes dentro de un marco de legalidad, de respeto por las garantías fundamentales, de prestigio a la administración de justicia y de evitar su cuestionamiento.

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

sacrificar garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes.

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

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

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

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

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

La naturaleza constitucional de los derechos y garantías de la víctima están fincados en el numeral 7° del artículo 250 de la C.P., contra este mandato superior no se puede legitimar condenas por delitos en modalidades no cometidas.

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

naturaleza esta que tienen la verdad, la justicia y la reparación.

El agravio a las víctimas se advierte con facilidad si se tiene en cuenta que los perjuicios y la reparación deben corresponder a la responsabilidad penal declarada por el juez en la respectiva sentencia, decisión o declaración ésta que en un proceso de jurisdicción civil no se puede desconocer.

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

Cierto es que la víctima no está obligada a aceptar los perjuicios del preacuerdo (artículo 351, inciso 6 del C de P.P.), pero ante la misma u otra jurisdicción el reclamo no puede desconocer la declaración de responsabilidad penal fundada en los supuestos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta en el proceso penal y por los que se le declaró responsable y condenó, como ha quedado expresado anteriormente. Que así lo es, lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ejemplo de

ello es la sentencia proferida el 6 de febrero de 2007 en el expediente con radicación 45.736, en la que se expresó:

“Y más recientemente, en sentencia 164 de 14 de octubre de 2004, expediente número 7637, dijo la Corporación: ‘para justificar las razones de tal influencia o interdependencia, ha puntualizado la Corte que los pronunciamientos penales ..., de suerte que, una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable a otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo, pues se encuentra cobijado por la autoridad de la cosa juzgada, postulado que, ‘amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la sindéresis desde que parte de la premisa incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. La verdad es única, ‘y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicado y en lo civil se afirmase lo contrario’ (cas. civ. de 29 de agosto de 1979. Cfme. cas. civ 12 de octubre de 1999, Exp, 5253)”.

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

3.4. Los principios de tipicidad y legalidad.

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

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

Las sentencias C-173 de 2000; C-200 de 2002; C-420 de 2002 y C-205 de 2003, entre otras, han examinado la competencia exclusiva del legislador de crear o “tipificar” los ilícitos penales. Sobre esta materia, en la primera de las decisiones en cita, dijo la Corte Constitucional:

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

Mutatis mutandis, el Fiscal no tiene la potestad en el proceso penal de “tipificar” la conducta (competencia exclusiva del legislador), puede adecuar los hechos demostrados con la

acción u omisión ejecutada a los tipos penales previstos en el Código Penal (proceso de adecuación típica).

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

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

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

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

“Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales

nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal”.

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

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

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

Lo propio acontece cuando la tipicidad que corresponde a la acción ejecutada prohíbe a perpetuidad ejercer derechos y funciones públicas (peculado por apropiación) y se cambia o readecúa en el preacuerdo por denominación jurídica para obviar esa prohibición; o siendo el ilícito consumado de

aquellos para los que se restringe un subrogado o sustituto se reubica la conducta en norma penal que si lo tolera (concierto para delinquir agravado por simple).

Se otorga un doble beneficio y se afecta la legalidad, los preacuerdos y decisiones judiciales que permiten condenar como cómplice a quien es autor o se modifica la elección del delito base para la tasación de la pena en el caso de concurso delictual (artículo 30 del C.P.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si se condena por el delito cometido, se da trato jurídico igual a las partes e intervinientes en lo que atañe a sus derechos e intereses en relación con el problema jurídico penal; al

culpable se le responsabiliza por el delito ejecutado y a la víctima se le garantiza la verdad, la justicia y la reparación.

La justicia premial es incompatible por su naturaleza con los cuestionamientos hechos, condenar por un delito no cometido es cometido excluido y prohibido por las reglas de la Ley 906 de 2004, la carta política y la sentencia C-1260 de 2005.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

específico o por el equivalente en el caso de la degradación o readecuación.

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

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

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

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

Lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 en la parte resolutive constituye ratio decidendi para los actos de adecuación que ejecuta el Fiscal en todas las modalidades de los preacuerdos, lo que conlleva a la aplicación del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que establece que “*serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte*

resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general”.

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

No de otra manera a la expresada es como puede entenderse la validez y eficacia de un preacuerdo, por ende quedan descalificados si no corresponden al orden justo que rige en Colombia, si desconoce los derechos de las partes o intervinientes, o si el conflicto social se soluciona con la participación de la Fiscalía y el procesado a través de un convenio que desprestigia la administración de justicia con calificaciones jurídicas que no se ajustan al tipo penal consumado por el inculcado.

Si se le impone el deber a la Fiscalía de imputar el delito conforme a la tipicidad que corresponde a la conducta, la lógica de la decisión constitucional que se viene invocando conlleva a señalar que la sentencia debe resolver la petición del titular de la acción penal para decidir si hay o no

responsabilidad conforme a derecho corresponda por ese delito, el cometido y no otro diferente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El abandono de la acción penal solamente es posible a través del principio de oportunidad. Excepcionalmente puede hacerse en el juicio oral a través de la petición de absolución por expresa autorización que hace el artículo 448 del C.P.P. que impide condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena.

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

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

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

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

3.10. Principio de obrar con objetividad.

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

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

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

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

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

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

3.11. Respeto y acatamiento al precedente jurisprudencial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “*Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la

facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

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

(...).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.13. Los preacuerdos no pueden ser instrumento de impunidad.

Se ha dicho que la afectación de la responsabilidad de los preacuerdos pueden conllevar impunidad, como por ejemplo

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

La declaración de responsabilidad por el delito cometido e imputado tiene consecuencias no solamente en el campo de la reparación sino también en otros fenómenos jurídicos que ello implica, como la extinción de la acción penal, la que se rige y contabiliza en el proceso por la tipicidad y responsabilidad declarada en la sentencia, según reiterada jurisprudencia de la Sala.

Si la sentencia no tiene en cuenta la responsabilidad imputada por el delito cometido sino la aceptada y readecuada en el preacuerdo, se generan factores de impunidad, injusticia, afectación de garantías a partes e intervinientes, pues de esa manera los pactos pueden llevar a situaciones que impliquen la declaratoria de prescripción de la acción penal (al reducirse el máximo previsto de la pena y en esta misma proporción se reduce la extinción de la acción) o evadir mandatos constitucionales al soslayar sanciones previstas a perpetuidad (inhabilitación de derechos y funciones públicas), o prohibiciones legales de

beneficios o sustitutos al readecuar las conductas por tipicidades que admitan tales mecanismos de ejecución de la pena, o hacer pactos que lleven a aceptar como continuada una conducta respecto de hechos para crear un estado de cosa juzgada para otras investigaciones que se adelanten por separado, todo lo cual atenta contra garantías y son ajenas a los fines del instituto examinado.

Los propósitos de política criminal que dieron lugar a los preacuerdos no fueron los de poner al servicio de las partes mecanismos que desprestigien la administración de justicia, en los procesos abreviados se impone declarar la responsabilidad por el delito cometido e imponer la pena del delito acordado, lo cual no causa daño a las partes, a los intervinientes, a los derechos, las garantías ni a la justicia.

Obsérvese, una persona es procesada por el delito de peculado por apropiación doloso, que tiene para esa modalidad la pena a perpetuidad de inhabilitación de derechos y funciones públicas, si ese es el delito cometido y se le declara responsable no podría jamás ser elegido senador, contratar con el Estado, ser Presidente de la República, o desempeñar cargo público a futuro, sanción que se acarrea por mandato constitucional.

Si el procesado acepta responsabilidad y preacuerda que se le condene por una pena máxima en la modalidad culposa, de seguirse el criterio mayoritario de la Sala habría que

condenarlo como responsable de delito de peculado culposo y no podría imponérsele la sanción constitucional de la inhabilitación de derechos y funciones públicas a perpetuidad, la pena iría como accesoria y cumplida se rehabilita para volver a contratar, ser congresista u ocupar dignidades del Estado. En cambio si se acepta que se le responsabilice por peculado doloso (delito consumado) y se le imponga la pena del peculado culposo (reato acordado), habría que sancionar con la inhabilitación perpetua. Esta última solución se antoja más aconsejable, ajustada a derecho, exige la estricta tipicidad, impide la burla a los mandatos legales o constitucionales.

Lo propio ocurre cuando se hace preacuerdos por delitos que la Ley 1474 de 2011 los excluye de subrogados o beneficios, como por ejemplo, en **los ilícitos dolosos** contra la Administración Pública preacordar la modalidad culposa para beneficiar al procesado con la menor pena y de paso eliminar la prohibición para el otorgamiento de un mecanismo que está legalmente prohibido, o admitir que se cometió concierto para delinquir agravado a cambio de que se le dé tratamiento punitivo de concierto para delinquir simple, y, así, muchos más casos se pueden ofrecer de asuntos en donde el preacuerdo se convierte en un instrumento para jugar con la justicia, riesgo que se evitaría si se condena por el delito cometido y se impone la pena por el delito acordado como beneficio propio del preacuerdo.

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

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

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

3.15. Naturaleza de los preacuerdos.

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

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

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

Las normas que integran la Ley 906 de 2004 y especialmente las que regulan los preacuerdos, registran que la intención del legislador con los negocios jurídicos, cualquiera sea su especie, fue la de otorgar una rebaja de pena como beneficio por aceptarse responsabilidad en el delito cometido, de ahí que las modalidades del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. o del 367 y 369 ídem no sean más que instrumentos para cuantificar la sanción como consecuencia de la culpabilidad.

Así, por ejemplo, en los artículos 350, 351, 352 y 353 del C de P.P., entre otros, se manifestó expresamente que los preacuerdos se celebran “con miras a disminuir la pena”, o para una “pena menor”, buscando un “cambio favorable con relación a la pena”, o que la modificación en la pena sea “la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, en fin que el propósito del negocio jurídico sea que “la pena imponible se reducirá”, o que se logren “los beneficios de punibilidad”. En los artículos 367, 369 y 370 ejusdem se lee “De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados” o “la

Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere” o “no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía”.

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

La razón primordial por la que los beneficios por justicia premial no pueden desconocer la responsabilidad por el delito cometido es precisamente por las garantías constitucionales que corresponden a las partes e intervinientes del proceso, los que se verían afectados si se declara culpable a un procesado por un delito que no cometió, se le condena por un ilícito culposo cuando el ejecutado fue uno en la modalidad dolosa.

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

respecto de la adecuación de las conductas y el derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

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

3.16. Principio de trato jurídico igual.

Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el delito imputado, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación en el preacuerdo (delito aceptado no imputado), porque esta última solución afecta garantías fundamentales de la víctima, pero también del procesado (se le condena por un ilícito no cometido, respecto del cual no ha contado con la oportunidad para ejercer sus derechos y se omite acatar la sentencia C-1260 de 2005 en cuanto a la estricta tipicidad y las consecuencias que ello implica).

No es compatible con el trato jurídico igual que se permita condenar a una persona por un delito no cometido cuando las circunstancias fácticas para cualquier persona que reside

o esté de tránsito por Colombia corresponden a una tipicidad diferente, es lo que acontece que a unos se les trate como cómplices cuando son autores, o se denomine culposo a lo que es doloso o preterintencional.

3.17. Vulneración del debido proceso al declarar responsable a una persona por un ilícito que no cometió.

Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al inculpado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente, lo que repercute en institutos como la reparación, la prescripción, el principio de legalidad, o la prohibición de otorgar doble beneficio, como se explica en otro apartado de este texto.

Un ejemplo que denota la importancia de esta regla estriba en que la reparación e indemnización de la víctima está en relación directa con la responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C., por lo que si en el proceso penal se condena por el delito cometido, las garantías del procesado o de las demás partes e intervinientes no se afectan con las rebajas de las penas o la ejecución de las mismas.

Por ende los derechos de las víctimas (verdad, justicia y reparación) no se afectan cuando en cualquiera de las modalidades de preacuerdos se mantiene la responsabilidad

conforme al delito cometido y lo único que se modifica es la pena, esta última mutación es la que corresponde exclusivamente a razones de política criminal, a las rebajas o beneficios por justicia premial.

4. Modalidades de preacuerdos.

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

4.1. Preacuerdo simple.

Este preacuerdo se caracteriza porque es conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1º del C.P.P).

Las partes admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones precisadas en la formulación de la imputación, se respeta la imputación fáctica y jurídica que atribuye la Fiscalía en el proceso al inculcado.

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

Si no hay acuerdo expreso sobre la rebaja de pena, el monto corresponde al autorizado por la ley según la fase procesal en

la que se produzca aquel. Pero, también, pueden las partes convenir la rebaja de sanción que debe otorgar el juez si aprueba el negocio jurídico.

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

El acuerdo abarca no solamente la pena privativa de la libertad, también otros con consecuencias como la multa, las penas accesorias y los sustitutos o subrogados penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación por la fiscalía o en la audiencia de formulación de acusación, según el caso.

4.2. Preacuerdo con degradación.

Hay preacuerdo con degradación cuando el indiciado o procesado se declara “culpable del delito imputado” o de “uno

relacionado de pena menor”, a “cambio” que se elimine una causal de agravación punitiva o un cargo específico.

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

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

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

Las lecturas que la jurisprudencia ha hecho del susodicho numeral presentan el texto legal con el siguiente alcance: i)

que se debe declarar la responsabilidad por el delito acordado, que resulte luego de eliminar un cargo específico o una agravante; ii) que la condena o la culpabilidad debe corresponder al delito imputado y cometido, pero imponiéndose la pena que surja al disminuir el monto que represente una agravante o un cargo atribuido.

Se parte de la regla que establece el inciso 1° del artículo 350 del C de P.P., que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o uno relacionado de pena menor porque es la calificación que corresponde a los hechos, o en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia en la que se adicionó los formulados en la imputación, en otros términos, “el imputado se declarará culpable” del delito imputado o relacionado que resulte de la estricta tipicidad del caso.

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

Así las cosas, la aceptación de responsabilidad es presupuesto del beneficio que puede otorgarse, esto es, que

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

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

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

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

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una fracción de la sanción por una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que al responsable por un hurto agravado se le responsabiliza de éste pero se le impone la pena de un hurto simple, o al autor culpable se le sanciona con la pena del cómplice, o al que ejecuta conducta dolosa se le tasa la prisión y las penas accesorias conforme a la modalidad culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

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

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

4.3. Preacuerdo con readecuación típica.

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

La norma pareciera que debe entenderse como si la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente “relacionada” con el supuesto de hecho esencial o la conducta óntica y que tenga “pena menor” (ante un cargo por tentativa de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación admitir un abuso de confianza calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se “tipifique” de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, lo que supuestamente implicaría una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por la imputada o acusada, pues se indica que “el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.

La solución, que el imputado se declare culpable del delito “relacionado de pena menor”, por las razones ofrecidas en los acápite anteriores, no debe ser de recibo y la redacción de la disposición demanda de la jurisprudencia una precisión sistemática y armónica con el mecanismo del preacuerdo y con el orden jurídico, para que no se afecten garantías de la víctima, ni los fines específicos de la institución en examen.

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

La sentencia C-1260 de 2005, solamente permite al fiscal ajustar la conducta a la estricta tipicidad que le corresponde, por tanto no puede dicho funcionario cambiar la modalidad delictiva consumada para readecuarla por una de menor gravedad, porque esta última raya con la susodicha sentencia que es de obligatorio acatamiento conforme al artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

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

Para el preacuerdo con readecuación típica, debe decirse que el inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., al referirse a las formas de aceptación de responsabilidad por el delito imputado o aceptación de culpabilidad por el delito preacordado típicamente, indica el beneficio con la frase “a cambio de que el fiscal” y enuncia seguidamente las posibilidades i) la eliminación de una agravante o cargo específico y ii) la tipificación de la conducta que implique una pena menor, hipótesis para las cuales ya se explicó que solamente son un mecanismo que debe convertirse en un monto de pena para definir el guaranismo a tener en cuenta para rebajarla.

La redacción del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. pareciera permitir que los supuestos de los numerales 1 y 2 del inciso segundo se pueden aplicar a las dos modalidades de preacuerdo que allí se refieren (preacuerdo con degradación y preacuerdo con readecuación), pero un examen sistemático de este texto con el ordenamiento jurídico, la dogmática penal y sus principios, nos llevan a precisar que la naturaleza del preacuerdo con degradación solo admite el supuesto del numeral segundo del artículo 350 ejusdem.

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

4.2.4. Preacuerdo sin rebaja de pena.

El legislador no prohibió la celebración de preacuerdos entre la presentación de la teoría del caso por la Fiscalía y antes de proferirse el anuncio del sentido del fallo.

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

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

efectos, si de tal situación se la ha suficientemente al procesado.

4.2.5. Preacuerdo con culpabilidad preacordada.

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

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

El inciso segundo del artículo 367 del C de P.P. otorga una rebaja de pena de la sexta parte si el inculcado unilateralmente acepta culpabilidad. Los textos que integran el capítulo de la instalación del juicio oral no refieren en concreto cuanta pena se debe disminuir como premio por lo que el legislador denomina manifestaciones de culpabilidad preacordada, solo se anuncia que el Fiscal debe expresar la “pretensión punitiva” y que “no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía” (artículos 369 y 370 del C de P.P.).

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

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

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

De no estar excluido los sustitutos o subrogados, se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciaran conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros (los factores objetivos) dependen del marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y la sanción impuesta, siendo entonces estos criterios los que han de tenerse en cuenta para conceder o negar el sustituto penal.

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

Con los preacuerdos se puede negociar la pena y su ejecución, excepto cuando el legislador lo haya prohibido expresamente.

Conclusión del marco teórico.

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

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

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

SP-16907-2016

Radicación: 46684

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con las manifestaciones que expresé durante la discusión del proyecto, una vez derrotada la ponencia que presenté a su consideración, me permito consignar los motivos por los que no comparto la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado, en relación con la concesión al procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR de la prisión domiciliaria, prevista como mecanismo sustitutivo en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

Las razones de mi disenso, se fundamentan en la idea, contraria a la doctrina hasta ahora imperante y que se ratifica en esta decisión, consistente en que tratándose de las modalidades de preacuerdos reguladas en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, el cometido práctico de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado no puede ser

otro que el de aminorar la pena para la conducta imputada, a cambio de la admisión de responsabilidad por parte del procesado.

Por eso, estimo que en esta dirección, es necesario distinguir en la sentencia de condena, de una parte, la determinación de la responsabilidad penal por la conducta realizada y, de otra, la concreción de la rebaja punitiva resultante de la degradación o readecuación de la conducta punible acordada. Como consecuencia de ello, la pena a tener en cuenta para la determinación del requisito objetivo para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal), debe ser la que corresponda a la conducta punible imputada, y no a la acordada por las partes.

En el propósito de sustentar mi posición disidente, se seguirá el siguiente orden argumentativo: los preacuerdos sobre los términos de la imputación; el problema jurídico relacionado con los preacuerdos sobre la conducta punible imputada y su desarrollo jurisprudencial; la doctrina jurisprudencial dominante y la propuesta de variación en relación con la interpretación de los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004; conclusiones provisionales; presentación del caso concreto y la fórmula de preacuerdo pactada entre la Fiscalía y el acusado; y, por último, la propuesta de resolución del caso concreto.

1. Los preacuerdos sobre los términos de la imputación (numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004):

Es necesario recordar que el ordenamiento procesal recogido en la Ley 906 de 2004, establece un procedimiento abreviado, como modalidad de justicia consensuada, mediante el cual el procesado de manera voluntaria e informada, renuncia a su derecho de no autoincriminarse y a tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones justificadas, a cambio de obtener unos beneficios que, especialmente, están relacionados con la rebaja de la pena que le sería imponible en caso de ser derrotado en juicio.

Para lo que es de interés en el tema objeto de análisis, debe decirse que bajo el título de *“Preacuerdos Y Negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”*, el Título II de la Ley 906 de 2004, delimita las finalidades, criterios básicos y trámite que ha de seguirse tratándose de la negociación dirigida a formalizar los preacuerdos, previendo en este contexto dos modalidades de terminación anticipada del proceso: la una, referida a la simple y llana aceptación de los cargos del imputado, por la vía del allanamiento; la otra, la relacionada con los preacuerdos sobre los hechos imputados, celebrados entre la Fiscalía y el acusado.

La primera de ellas se encuentra regulada en el artículo 351, inciso primero, de la Ley 906 de 2004, y se circunscribe a un acto de adhesión del procesado a las condiciones presentadas por el acusador en la audiencia de imputación, compensándolo con una rebaja de la pena imponible acorde con el momento procesal en que se presente el preacuerdo (conc. artículo 352 ibídem).

La segunda, conforme lo establece el inciso segundo del mismo artículo 351 ib., responde a la posibilidad de que la fiscalía y el imputado o acusado puedan llegar a un acuerdo sobre los hechos imputados. Adicionalmente, del contenido de esa misma norma, al igual que de los artículos 352 y 370 ib., se desprende que como fórmula de preacuerdo se puede convenir, de manera alternativa y excluyente, la rebaja de un porcentaje de la pena imponible o su individualización.

No está de más anotar que, en cualquiera de los casos, es posible acordar las consecuencias jurídicas del delito, según se encuentra definido en la misma disposición.

Centrando la atención en el tópico referido al preacuerdo sobre los hechos imputados, es indispensable su concordancia con las modalidades previstas en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que establece:

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se

declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

- 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.*
- 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.*

Según puede advertirse, en la primera modalidad se ofrece la posibilidad de eliminar circunstancias de agravación punitiva y cargos específicos, lo que en principio no parece ofrecer ningún problema de interpretación.

No obstante, la previsión legal hace referencia, en segundo lugar, a que el fiscal «*tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*», aspecto que reviste una amplia gama de posibilidades, relacionadas todas con la estructuración de la conducta punible, cuya modificación se habilita con el específico cometido de *disminuir la pena*.

En este sentido, la Sala en otras oportunidades, en el propósito de desentrañar el contenido de esta última disposición, ha determinado lo que puede ser objeto de convenio:

En consecuencia, deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas, entre otros aspectos, el 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.*²⁸

De igual manera, sobre el tema de lo que es viable como objeto de negociación, la Corporación ha acotado:

*[...] la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado”.*²⁹

Así las cosas, en materia de la determinación de las variaciones al juicio de tipicidad por parte de la Fiscalía, en aras de propiciar los preacuerdos, la Sala ha abordado de manera extensiva la interpretación sistemática del

²⁸ CSJ AP, 10 may. 2006, rad. No. 25389. En el mismo sentido, CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 41570.

²⁹ CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 42184.

contenido del numeral 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, lo que ha justificado de la siguiente manera:

La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.³⁰

En esta medida, debe entenderse que la alusión a la tipificación de la conducta, sobrepasa el contenido dogmático del tipo penal y se amplía a toda la estructura de la conducta punible, abarcando en su denominación aspectos tales como: el tipo objetivo, el tipo subjetivo, los llamados dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación criminal), el contenido de la antijuridicidad y sus circunstancias, y los aspectos relacionados con la culpabilidad.

En conclusión, en lo que resulta relevante en la resolución de este caso, debe subrayarse que con fundamento en el numeral 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, para efecto de las negociaciones, cuando la misma versa sobre variaciones en torno al mismo delito imputado, la Fiscalía puede modificar la adecuación típica reestructurando la conducta punible en cualquiera de sus categorías dogmáticas, con el específico propósito de incidir en la disminución de la pena.

2. El problema jurídico relacionado con los preacuerdos sobre la conducta punible imputada y su desarrollo jurisprudencial:

No obstante el amplio margen de posibilidades ofrecidas al Fiscal en relación con la tipificación de la conducta punible, según viene de verse, es

³⁰ CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 41570.

necesario precisar que en materia de preacuerdos, está en la obligación de observar en su negociación el principio de estricta legalidad, por lo que debe obrar conforme a los hechos del proceso, absteniéndose de llevar a cabo una libre selección de los tipos penales comprometidos en la negociación. Valga decir, no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda.

De esta manera lo precisó la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del numeral 2, inciso segundo, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004:

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

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

*previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.*³¹

En consecuencia, en su proceso de negociación no puede haber un margen de discrecionalidad por parte del fiscal que le permita excluir en su labor de adecuación típica de la conducta, elementos relevantes con el fin de lograr un acuerdo.

En esta perspectiva, de tiempo atrás³² la Sala ha venido definiendo que debe ser presupuesto de toda negociación emprendida entre la Fiscalía y el imputado o acusado con el fin de ofrecer un preacuerdo al juez de conocimiento, la precisión jurídica de una adecuación típica ajustada a la realidad fáctica, con fundamento en los elementos materiales de prueba y evidencias físicas recolectadas por el acusador hasta ese momento, requiriéndose entonces en su formulación de la existencia de un mínimo de respaldo probatorio³³.

Es, además, el sentido que emana del contenido del inciso tercero del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, cuando estipula que *“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*.

Por lo tanto, solamente puede llevarse a cabo una negociación sobre la base de una debida calificación jurídica de los hechos, que abarque todas las situaciones condicionantes relativas a la conducta punible, incluyendo, entre otras, circunstancias de atenuación y agravación punitiva, condiciones de exceso en los límites propios de las causales de ausencia de responsabilidad, modalidades y tiempo de la conducta punible, concurrencia de personas y de conductas punibles.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

³² Cfr. CSJ SP, 12 sep. 2007, rad. 27759.

³³ Mínimo probatorio que resulta ineludible, como en su oportunidad lo subrayó la Sala: CSJ AP, 10 may. 2006, rad. No. 25389.

La Corte Constitucional en torno a este aspecto, precisó en la referida sentencia de constitucionalidad 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.³⁴

Ello es así porque todo preacuerdo debe fundarse en la aceptación de responsabilidad del acusado sobre la conducta imputada, tras lo cual puede negociarse dentro de los límites de la legalidad las concesiones en términos de punibilidad ofrecidas por el acusador. De esta manera, la adecuación jurídica de la conducta, delineada en estricta legalidad, es el fundamento de toda negociación adelantada con fines de la terminación anticipada del proceso penal.

Así lo ha acotado esta Corporación:

*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*

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

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.³⁵

Con ello se explica, además, que el objeto práctico de los preacuerdos que pueden celebrar las partes, en el marco de lo previsto en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, con el propósito de terminar anticipadamente el proceso, es la disminución de la pena legal aplicable³⁶, como claramente se desprende del contenido del numeral 2 del inciso segundo de dicha norma, en el que se permite al fiscal tipificar «la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica **con miras a disminuir la pena**».

³⁵ CSJ SP, 12 sep. 2007, rad. 27759 (subrayas y negrillas en el texto). En el mismo sentido, cfr. Igualmente, cfr. CSJ AP-7233-2014, 26 nov. 2014, rad. 44906.

³⁶ En este sentido, cfr. CSJ AP-7233-2014, 26 nov. 2014, rad. 44906.

Dicho cometido se consigue a través de la modificación de la estructura de la conducta punible, en el propósito de ajustar la respuesta punitiva al acuerdo establecido por la fiscalía y el procesado.

Sin embargo, es importante relevarlo, dicha modificación no es más que una ficción jurídica, un instrumento para atemperar la dimensión punitiva de la conducta realizada, pues, como fruto del preacuerdo no se produce un cambio en la naturaleza de las cosas. Así, a manera de ejemplo, quien es imputado como autor de una conducta punible seguirá ostentando esa forma de participación criminal, no obstante que el acuerdo se haga consistir, para efectos punitivos, en su degradación a cómplice. Igualmente, si la conducta realizada, conforme a los medios de conocimiento en poder de la fiscalía, se corresponde con un homicidio en grado de tentativa, será esta la conducta atribuida, por mucho que en el proceso de negociación con fines de la terminación anticipada del proceso se pacte su tipificación como lesiones personales con miras a disminuir la pena.

Significa lo antes visto, que en materia de preacuerdos y negociaciones, la calificación jurídica circunstanciada y la consiguiente responsabilidad penal admitida por el acusado se hacen inmutables, en tanto, sobre la conducta punible imputada es que debe versar la admisión de responsabilidad del procesado y la declaración que en este sentido emite en su fallo condenatorio el juez de conocimiento. Se reitera, la modificación en favor del imputado o acusado se produce exclusivamente en materia punitiva.

De allí que es indispensable diferenciar, de una parte, la responsabilidad penal admitida y declarada por el juez de conocimiento y, de otra, los factores de reducción punitiva consecuentes como compensación para el procesado a su sacrificio en materia de renuncia a los derechos contemplados en los literales b) y k) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, es decir, a no autoincriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado y con inmediación probatoria.

Es por lo anterior que tras presentarse un preacuerdo en los términos previstos en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley

906 de 2004, el control judicial material llevado a cabo por parte del juez de conocimiento debe comprender, en términos de acatamiento de las garantías fundamentales, no solamente lo relativo a la legalidad de la fórmula de composición ofrecida por la Fiscalía y el imputado o acusado, incluido el delito o los delitos acordados, su degradación punitiva y sus consecuencias, sino que también debe extenderse a la conducta punible original, la que fue objeto de imputación o acusación y su consonancia jurídica en materia de adecuación típica con la realidad fáctica que se viene acreditando hasta el momento procesal en que se presenta la negociación para el escrutinio judicial.

Control judicial que responde, de igual manera, a los límites establecidos a las facultades del Fiscal a la hora de acordar con el imputado o acusado en términos de tipificación de la conducta, como lo señala el artículo 327, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, cuando exige la presencia de unos mínimos de elementos demostrativos de prueba que permitan inferir la existencia de la conducta, su tipicidad y el grado de participación criminal del procesado, de manera que no resulte sacrificada su presunción de inocencia.

De esa manera, la ley prevé mecanismos que tienden a impedir la obtención de preacuerdos respecto de conductas no tipificadas como delitos o cuya tipificación no corresponde a los hechos imputados o sobre personas que no intervinieron en los mismos, lo que explica que se exija un mínimo probatorio para sustentar la existencia de la conducta, su debida adecuación típica y la participación del imputado o acusado en la misma³⁷.

En este sentido, una vez aprobado el preacuerdo y después de agotar lo previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, si a ello hubiere lugar, procederá el juez de conocimiento a la emisión de la sentencia, la cual debe contener por lo menos dos manifestaciones básicas. La primera, la de declarar responsable al acusado del delito o de los delitos reales que fueron objeto de la imputación y de la negociación entre Fiscalía y procesado. La segunda,

³⁷ Cfr., CJS SP-13939-2014, 15 oct. 2014, rad. 42184. En el mismo sentido, CSJ SP-10299-2014, 5 ago. 2014, rad. 40972; CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 39892; CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31280; CSJ SP, 15 jul. 2008, rad. 28872.

como respuesta punitiva a la anterior declaración, deberá imponer la sanción que corresponde con el delito o los delitos que fueron acordados entre las partes.

Valga decir, acreditada la existencia de un delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* y la forma de participación del procesado como autor, y admitida de manera libre y voluntaria su responsabilidad penal, así debe declararse en la decisión como acto de atribución judicial. Adicionalmente, en relación con la pena, si la negociación versó sobre la mutación a cómplice en el grado de intervención en la conducta punible, así debe consignarse la sanción prevista como fórmula de acuerdo.

3. La doctrina jurisprudencial dominante y su necesaria variación:

La Sala ha venido reiterando, como se hace en esta decisión de acuerdo al criterio mayoritario, que no es posible escindir los efectos del preacuerdo en lo que tiene que ver con la conducta punible objeto de aceptación de la responsabilidad penal del procesado y el pacto relativo a su modulación como única compensación por la aceptación de cargos³⁸.

Por ello ha sostenido que, en casos como el presente, esto es, cuando el implicado aceptó su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degradara 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»*³⁹.

Para tal efecto, se recaba en la idea de que como los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, hacen parte integral de la justicia consensuada, no es posible su equiparación con los fenómenos post-delictuales del procesado que no guardan relación con la conducta

³⁸ Cfr. CSJ SP-2168-2016, 24 feb. 2016, rad. 45736; CSJ SP-7100-2016, 1º jun. 2016, rad. 46101. El mismo entendimiento se desprende de la CSJ SP-3103-2016, 9 mar. 2016, rad. 45181.

³⁹ CSJ SP-2168-2016, 24 feb. 2016, rad. 45736.

punible y que operan como factores modificadores de la punibilidad con posterioridad a la concreta individualización de la pena.

Sin embargo, para situaciones como la que es objeto de estudio, esto es, cuando en el acuerdo celebrado entre la fiscalía y el imputado o acusado se modifica la estructura de la conducta punible, esa posición jurisprudencial no se corresponde con una adecuada hermenéutica jurídica en torno a las modalidades de negociaciones y preacuerdos previstas en los numerales 1 y 2, inciso segundo, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, pues finalmente traslada la responsabilidad penal a un escenario irreal en lo normativo, producto de las fórmulas de acuerdo pactadas por las partes.

Todo preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, importa reiterarlo, se construye sobre la base inmodificable de la admisión de la responsabilidad penal del procesado por el delito que se adecúa en estricta legalidad a las circunstancias fácticas imputadas. De allí que la modificación de la estructura de la conducta punible que corresponde al hecho imputado, en los términos del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, sólo persigue fines punitivos favorables al acusado a cambio de su renuncia al cumplimiento del rito ordinario y a la posibilidad de ser vencido en juicio.

Por lo tanto, la rebaja de la pena como beneficio en el contexto de las negociaciones y preacuerdos, no puede desconocer la responsabilidad por la conducta cometida, lo que no se admite en la tesis que se sigue sosteniendo, en la cual no solamente el aspecto punitivo sino la misma responsabilidad penal se ven modificados, desnaturalizándose de esta manera la estructura dogmática correspondiente al comportamiento realizado.

4. Consecuencias de asumir la doctrina jurisprudencial dominante:

Asumir más allá de lo estrictamente punitivo el alcance de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado, trae consecuencias bastante gravosas para el sistema del proceso penal, convirtiendo la sentencia judicial en simple acta de refrendación de una

negociación, distanciada en sus fundamentos de la realidad, y no como el escenario propicio de reivindicación de los principios que, como expresión de legitimación jurídica y política, permiten el control democrático a la intervención punitiva del Estado⁴⁰.

A riesgo de comprometerse la misma legitimidad del sistema penal, el juicio de valor sobre la conducta punible debe llevarse a cabo siempre en el seno de la sentencia judicial, aún en los eventos en que el proceso se pueda ver sometido a una terminación anticipada por las vías previstas en el ordenamiento adjetivo. De manera que resultaría rayana en el absurdo jurídico la disertación judicial en la sentencia sobre una conducta punible inexistente, cuya catalogación se llevó a cabo como una negociación con el exclusivo fin de atemperar la sanción penal.

Además, no sobra agregar que desde el sentido práctico, se vislumbran consecuencias francamente gravosas para la racionalidad y la seguridad jurídicas, el debido proceso y para el principio de igualdad.

Bastaría considerar que una mutación de la responsabilidad penal, que es lo que encierra la tesis prevalente en la Corporación, tiene incidencia en una serie de circunstancias procesales y sustanciales, tales como enfrentarse a situaciones que impliquen la prescripción de la conducta punible por el delito acordado; habilitar la concesión de subrogados o beneficios cuando la ley expresamente lo prohíbe por el delito imputado (Ley 1474 de 2011); promover sin base fáctica plausible la extinción de la acción penal por desistimiento, caducidad de la querrela o indemnización, al tornar en querellables la conductas degradadas o readecuadas en su tipicidad; y, como sucede en este caso, basar los requisitos de la pena prevista en el delito acordado, que no en el real, como fundamento objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal).

⁴⁰ LUIGI FERRAJOLI, El juicio penal, en: *Epistemología jurídica y garantismo*. Distribuciones Fontamara, México, 2006, p. 233: «Las sentencias... exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos de los hechos y reconocitivos del derecho, de cuya verdad jurídica y fáctica, depende tanto su validez o legitimación jurídica (o interna o formal), como su justicia o legitimación política (o externa o sustancial)».

Pero además, cuando se asume la interpretación de la Sala mayoritaria, es apreciable la potencial afectación del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, reflejada especialmente en las prerrogativas a obtener la verdad y la reparación por el delito realizado (artículo 250-7 de la Constitución Política).

Lo primero, el derecho a la verdad, porque en el contexto de una distorsionada realidad a la que conduce la degradación de la conducta punible ejecutada, se terminan perdiendo de vista las verdaderas circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las motivaciones que rodearon su ejecución.

Lo segundo, el derecho a la reparación, porque camino a la modificación jurídica de los delitos, se propicia la indemnización por la responsabilidad declarada en la sentencia penal sobre planos que no corresponden a la realidad, afectándose la garantía al adecuado resarcimiento de los perjuicios irrogados de las víctimas en los términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

5. Conclusiones parciales:

Los cometidos finalísticos que, en lenguaje deóntico de valores y de principios, están previstos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004⁴¹, responden a la interpretación sistemática de asumir, como fundamento de todo preacuerdo, la concreción del sentido de responsabilidad penal del procesado por la conducta realizada, esto es, la que corresponde a los hechos acreditados, con el respaldo de un mínimo probatorio. Sobre esa base, que atiende a una adecuada imputación fáctica y jurídica, se concreta el objeto de negociación.

⁴¹ La celebración de los preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado, se reitera, responde al *fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.*

De allí que en la correcta comprensión de los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, debe entenderse que, cuando la fórmula de acuerdo corresponde a modificación de la estructura de la tipificación de la conducta punible imputada, la consecuencia estriba en la reducción punitiva correspondiente al delito acordado.

En consecuencia, la sentencia judicial debe precisar la responsabilidad penal por la conducta punible que en estricta legalidad corresponda a los hechos acreditados, con fundamento en los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recogidas hasta ese momento, tras de lo cual se debe concretar la sanción punitiva correspondiente al delito acordado.

Por lo tanto, a efectos de la determinación de los aspectos relacionados con la objetividad de la conducta punible (en concreto, para la pena *prevista* para el reconocimiento del derecho a la prisión domiciliaria), deben tenerse en cuenta los rangos punitivos correspondientes a la conducta circunstanciada que sea fáctica y jurídicamente imputada, y no de la pactada dentro del proceso de negociación.

6. Del caso concreto y la fórmula preacordada por las partes:

Es necesario recordar que el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR, consistió en que como compensación de su admisión de responsabilidad penal por el delito imputado, *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* (artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011), se pactó la degradación de la forma de participación en la conducta punible. Se acordó, además, la imposición de la pena mínima correspondiente al grado de intervención acordado, cuatro años y seis meses de prisión.

Bajo la estimación que en los términos del preacuerdo no se desconocían o quebrantaban las garantías fundamentales, fue aprobado por el juez de

conocimiento, pues además la voluntad de las parte lo obligaba a dicha decisión (inciso cuarto del artículo 351 de la Ley 906 de 2004).

Fue así como el Juzgado 7° Penal del Circuito de Cali emitió la sentencia condenatoria en contra de VELANDIA TOVAR, en calidad de «autor».

En lo que atañe a la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, que no fue objeto del preacuerdo, el juez *a quo* determinó que el procesado no tenía derecho a ese subrogado penal, por cuanto en su caso no se cumplía con el requisito objetivo, relacionado con el quantum de la pena, exigido por el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, pues para tal efecto debía tenerse en cuenta la *pena prevista* para el autor y no para el cómplice. Criterio que fue confirmado por el Tribunal de Cali al desatar el recurso de apelación interpuesto.

7. La propuesta de resolución del caso concreto:

En relación con la prisión domiciliaria, prevista como mecanismo sustitutivo en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, debió concluirse que el requisito para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, en punto de constatar el límite punitivo mínimo de la conducta por la cual se procede, como condición para verificar el elemento subjetivo para acceder a dicho mecanismo, debe determinarse por el delito imputado y no por el acordado.

De esa manera, se podría conciliar de manera adecuada, frente a los cometidos de aminorar la punibilidad como compensación por la admisión de responsabilidad del acusado, la alteración de la tipificación de la conducta en los términos previstos en el numeral 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, lo que obviamente debe conjugarse con la consideración de todas las variantes que como circunstancias concurrentes inciden en los extremos punitivos de la conducta punible imputada de manera legal, a fin de precisar con singularidad e individualidad, si en el caso concreto la «*pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*».

Así las cosas, es manifiesta en este caso la improcedencia del mecanismo sustitutivo, por cuanto en la situación del procesado VELANDIA TOVAR no se reúne el requisito de índole objetivo que lo haría viable, porque la pena mínima prevista para el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, en calidad de autor de la conducta punible, por el cual fue declarado penalmente responsable, es de 9 años, monto que sobrepasa los 8 años que establece el artículo 38B del citado estatuto, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

En consecuencia, no se advierte la transgresión de garantía alguna del procesado JUAN CAMILO VELANDIA TOVAR, cuando no se reconoció en su favor por parte de los jueces de instancia, el derecho a la sustitución por domiciliaria de la pena de prisión que le fue impuesta en relación con el delito que, como fórmula de preacuerdo, fue degradado en su punibilidad a través de la mutación de autor a cómplice como forma de participación criminal, por lo que la sentencia no se debió casar en este sentido.

De esta manera, dejo sentado mi respetuoso salvamento parcial de voto.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

Fecha ut supra.

