



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00206 2015 28531
Acusado condenado	José Daniel Restrepo Muñoz, alias "EL MOCHO"
Delito	Homicidio agravado en grado de tentativa (Art. 27 CP) y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (Arts. 103, 104-7 y Art. 365 CP)
Víctima	Juan José Cadavid Arroyave
Hechos	2 junio 2015; Hora: 9:00 p.m. Carrera 80-a Calle 9-Sur, Sector La Capilla, Barrio Belén Rincón, Medellín
Juzgado <i>a quo</i>	Doce (12) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se dicta sentencia de segunda instancia contra sentencia por trámite de negociación leída el 9 febrero 2016 (f. 130-148, co-1)
Consecutivo	SAP-S-2016-42
Aprobado por acta	Nº279 de 30 agosto de 2016
Fecha de lectura	Lunes 5 de septiembre de 2016: Hora: 8:30 am; S-1
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento voto	SANTIAGO APRAEZ VILLOTA

Medellín, Antioquia, Septiembre cinco (5) de dos mil dieciséis (2016)

1.- ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra del ciudadano JOSE DANIEL RESTREPO MUÑOZ acusado por el concurso de delitos (Art. 31 CP) de homicidio agravado (Art. 104-7 CP) en la persona de JUAN JOSE CADAVID ARROYAVE, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (Art. 365 CP).

2.- IDENTIFICACION DEL ACUSADO (Arts. 128, 288-1° y 337-1 CPP)

Es el ciudadano JOSE DANIEL RESTREPO MUÑOZ, alias "EL MOCHO", de mayoría, nacido en Barranquilla, Atlántico, el 23 agosto 1996, serial 0024767110 y NUIP 960821-12860; y cédula de ciudadanía N° 1'017.249.734.

3.- HECHOS, ACTUACION PROCESAL, FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA Y RECURSOS

En la data de 2 junio 2015 a eso de las nueve de la noche (9:00 p.m.), en la Carrera 80-a Calle 9-Sur, Sector La Capilla, Barrio Belén Rincón, Medellín, fue herido con arma de fuego JUAN JOSE CADAVID ARROYAVE.

Se imputó el delito de homicidio agravado en grado de tentativa en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal al ciudadano JOSE DANIEL RESTREPO MUÑOZ.

En audiencia de acusación las partes presentaron al juez 12 Penal del Circuito de Medellín consistente en el reconocimiento del Art. 56 del CP con pena final de 90 meses de prisión.

Mediante sentencia de 9 febrero 2016 (f. 130-148, co-1), el señor Juez de conocimiento dicta sentencia en los términos del acuerdo y niega prisión domiciliaria.

El señor abogado defensor del justiciable, doctor GERMAN QUINTERO GOMEZ, ataca especialmente los argumentos del *iudex a quo* en punto de la prisión domiciliaria pues considera que se cumplen todos los elementos en especial el de legalidad, arraigo y la garantía de reparación de los perjuicios (f. 151-154, co-1).

4.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos del censor en el tema propuesto, esto es, la prisión domiciliaria.

4.1 POSTURA ANTERIOR DE LA SALA DE DECISION AD QUEM

En providencia de esta misma Sala de Decisión con radicado 05 001 60 00206 2013 66282 de 14 junio 2016, consecutivo SAP-S-2016-23, se decidió sobre el tema de la prisión domiciliaria en un proceso terminado por la vía de la negociación donde, igualmente, se reconoció el Art. 56 del Código Penal; la Sala en dicha ocasión siguió el criterio de la Corte.

Se dijo en dicha ocasión por esta Sala, integrada por los magistrados Nelson Saray Botero, Hender Augusto Andrade Becerra y Santiago Apráez Villota.

➤ El objeto de discusión

Para la juzgadora de instancia, la pena mínima por la cual se procede es de 400 meses, razón por la cual no hay lugar a la prisión domiciliaria pues supera los 8 años de prisión según el Art. 38-B del CP.

El argumento de la juzgadora es coadyuvado por la fiscal seccional y por el abogado de la víctima.

El censor, por el contrario, considera que la pena mínima del delito por el cual se procede es de 66,6 meses, guarismo inferior a los ocho (8) de prisión que, como mínimo legal, exige la norma penal, ya que se debe hacer la rebaja del Art. 56 del CP.

➤ La disposición de la prisión domiciliaria

Expresa la norma de la prisión domiciliaria del Código Penal:

Artículo 38-B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el 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.

El punto de discusión es concretamente el numeral 1º: Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

Si se considera que la pena de prisión mínima prevista en la ley es de 400 meses, que corresponde al punible de homicidio agravado, razón le asiste a la *iudex a quo* y a los no impugnantes

Si se considera que la pena mínima se obtiene de aplicar el Art. 56 del Código Penal, entonces la pena mínima será de 66,6 meses de prisión, pues el mínimo no puede ser menor de la sexta parte (Art. 56 CP), en cuyo caso procede la prisión domiciliaria, como lo advierte el abogado defensor.

➤ **Se negocia lo que no está demostrado**

Para esta altura del estado del arte jurídico en tema de negociación es claro que se negocia lo que no está demostrado.

El canon 56 del Código Penal, expresa:

Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

En el *sub lite*, si el delito se comete bajo la circunstancia del Art. 56 del Código Penal, esto es, bajo circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, es claro que esa debe ser la tipicidad de la fiscalía, o en su caso, así lo debe reconocer en la sentencia el juzgador.

Pero si no se presenta esa circunstancia, entonces puede ser objeto de negociación en su modalidad de readecuación típica (Art. 350-2 CPP).

Sobre el tema: CSJ STP4698-2016, rad. 85.074 de 13-04-16.

➤ **Ahora sí, cuales son los extremos punitivos a tener en cuenta en la negociación?**

La jurisprudencia de la Corte ya aclaró que cuando se negocia en la modalidad de readecuación típica, como cuando por ejemplo de autor se pasa a cómplice, entonces los extremos punitivos a tener en cuenta son los del delito en grado de complicidad (CSJ SP2168-2016, rad. 45.736 de 24-02-16; CSJ SP3103-2016, rad. 45.181 de 09-03-16).

Así entonces, si aquí se negoció en la modalidad de readecuación típica conforme el canon 56 del CP, los extremos punitivos serán de 66,6 meses de prisión a 300 meses de prisión.

En la negociación no aplica el sistema de cuartos.

En efecto, señala la parte final del Art. 61 del CP, adicionado por el Art. 3° Ley 890 de 2004:

El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

Si el sistema de cuartos no aplica en las negociaciones entonces ningún obstáculo hay para que las partes pacten una pena de 13 años (156 meses de prisión), la cual está dentro de los márgenes de los extremos punitivos que van de 66,6 meses a 300 meses de prisión.

La pena mínima no supera los ocho años de prisión (que equivalen a 96 meses) según el Art. 38-B del CP, ya transcrito.

Siguiendo con el análisis de la norma invocada, el delito no está incluido en el inciso 2º del artículo 68-A de la Ley 599 de 2000.

Se demostró que el implicado tiene arraigo familiar y social.

El filiado no tiene antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores.

Se concederá pues la prisión domiciliaria.

Previo a gozar del derecho se fija caución prendaria equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016 teniendo en cuenta la capacidad económica del filiado y la gravedad del delito cometido.

Se deben garantizar las obligaciones del Art. 38-B del CP, so pena de su revocatoria.

4.2 VARIACION DEL CRITERIO ANTERIOR POR PARTE DE DOS DE LOS MAGISTRADOS DE DECISION AD QUEM

En un caso de homicidio y porte ilegal de armas de fuego donde se concede el Art. 56 del CP, por vía de la negociación, en Sala presidida por el magistrado José Ignacio Sánchez Calle, y con la revisión de Nelson Saray Botero y Hender Augusto Andrade Becerra, nos apartamos del criterio de la Sala de Casación Penal en tema de prisión domiciliaria, para considerar que el *quantum* de la pena para tener en cuenta es el del delito realmente cometido y no el del negociado (con el reconocimiento del Art. 56 del C.P.).

Es el proceso con radicado 05-001-60-00000-2015-00360 de 11 agosto de 2016.

Se dijo por la Sala de Decisión:

4.4. Toma de postura de la Sala

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

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

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

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

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

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

Este principio rige en nuestro ordenamiento jurídico por disposición del artículo 29 superior, y por la integración normativa a que de manera expresa remite la Carta Fundamental en el artículo 93, respecto de que *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”*

Se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de

1948¹, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de New York del 16 de diciembre de 1966², dejando entrever las diversas acepciones del término que recurren no solo al entendimiento de la tipicidad como exigencia de la existencia de ley escrita y previa, sino además, de no vulneración del principio de non bis in ídem y al mandato que supone la vinculación de la actuación de todos los funcionarios judiciales a la ley, de ahí que estén compelidos a desarrollar su labor acorde con los parámetros y límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

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

Se trata de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites. Además de que los ciudadanos conozcan cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que esas consecuencias le van a ser aplicadas³.

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

Bajo esa premisa, el límite sobre el cual ha de realizarse la transacción que para el preacuerdo permiten los artículos 350 y 351 del C de P.P., no es otro que el de la tipicidad estricta comoquiera que la fiscalía y el imputado pueden llegar a un acuerdo “*sobre los términos de la imputación*”, proceso que estará determinado previo el establecer la adecuada calificación

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

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

³ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, séptima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 98.

jurídica que corresponde a los hechos que se investigan, lo cual incluye todas las circunstancias específicas de mayor y menor punibilidad que fundamentan la imputación fáctica y jurídica circunstanciada⁴.

Por lo que viene de verse, **se vulnera el principio de legalidad** cuando el Fiscal al tipificar la conducta con miras a disminuir la pena no respeta el marco fáctico de la imputación y la calificación asignada no encuentra relación de coherencia o cohesión con la tipificación acordada, puesto que, recuérdese, existe reserva de ley respecto de la creación de tipos penales, y no es función de los operadores judiciales suplir la labor del legislador⁵.

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

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

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

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

Si la tipicidad adolece de algún error, el Fiscal unilateralmente puede ajustarla, pero siempre conforme a derecho, pues no puede considerarse como parte de la justicia premial la tipificación arbitraria de la conducta, de

⁴ Cfr. CSJ SP, 12 sep. 2007, Rad. 22759

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005 *Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.*

darse este último supuesto el operador de justicia ahí sí debe ejercer control material en el ámbito legal con trascendencia en el orden constitucional^{6, 7}

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

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

“No podía el representante de la Fiscalía, sin desconocer la limitante atrás aludida, soslayar competencia exclusiva del fallador pactando el máximo de la rebaja por indemnización integral, y a la vez, con detrimento del principio de legalidad, retirar las agravantes específicas del delito contra la seguridad pública, lo cual en la práctica implicó un descuento del cincuenta por ciento para esa conducta, y además atar al juzgador a los mínimos así establecidos, y no conforme con ello, pactar un pírrico aumento por el delito concurrente, escasamente igual a una sexta parte de la sanción mínima que se podría imponer por este, a pesar de haber otorgado inopinadamente el máximo por la reparación integral de las víctimas.”⁸

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

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

⁶ CSJ SP, 1 jun. 2006, Rdo. 24.764

⁷ De ahí que deba existir congruencia jurídica que se predica entre acusación y sentencia, y fáctica que se refiere a la concordancia entre los hechos y la sentencia por eso ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: “[S]i en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el nomen iuris de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio del estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación”^{7,7}.

⁸ CSJ AP, 24 ago. 2011, Rad. 36507.

No debe perderse de vista cómo en las sentencias 45.736 y 46.101 a que se ha hecho referencia se ha reconocido como fórmula de acuerdo la degradación del título de participación, a cómplice, en un delito de Porte de Armas, lo cual dogmáticamente es un imposible jurídico al menos cuando el verbo rector imputado es el de “portar”, puesto que la complicidad supone la participación en un hecho ajeno por medio de la prestación de una ayuda eficaz mediada por un acuerdo previo o concomitante con el autor, de modo que quedan interrogantes tales como ¿Quién es el autor?, ¿Cuál fue la ayuda eficaz que prestó el procesado para portar un arma?.

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

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

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

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

Si bien es cierto el proceso penal en primera instancia gira en torno a las garantías del procesado, las víctimas están investidas de prerrogativas especiales⁹ que deben ser materializadas al interior del proceso penal, tanto por la Fiscalía como por la Judicatura, en garantía de que les serán respetados sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

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

⁹ Como forma de materialización de los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias C – 454 de 2006; C – 343 de 2007; C – 209 de 2007 y C – 260 de 2011, en las cuales de manera detallada ha señalado el quebrantamiento del derecho a la igualdad de las víctimas con interpretaciones restrictivas de sus derechos con respecto a normas del C. de Procedimiento Penal, resaltando las facultades de intervención durante el proceso penal.

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

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

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

“[...] la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, [...] ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”¹⁰.

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

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

”El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)”¹¹.”¹²
(Subrayas fuera de texto)

El derecho a la justicia que se predica para las víctimas, se satisface con la declaración de responsabilidad de la persona que intervino en la realización

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

¹² CSJ SP, 27 oct. 2008, Rad. 29979.

de la conducta punible, sin embargo, sus intereses van más allá de la imposición de una pena. Se trata sobre todo del derecho que tienen de saber la *verdad* de lo ocurrido y que la condena se emita en armonía, independientemente del acuerdo al que se llegue.

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la verdad se subsume en la obligación de los Estados de esclarecer los hechos y juzgar a los responsables, conforme a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Del mismo derecho se ocupan los Principios 1º a 5º de Los principios para la lucha contra la impunidad.”¹³

Es decir, por medio del preacuerdo el acogido acepta su responsabilidad por el hecho que cometió y que es objeto de juzgamiento y a cambio de ello se le reconoce una rebaja de pena por la aplicación de cualquiera de las fórmulas establecidas en los arts. 350 y 351 del C.P. Penal., sin embargo, considera la Sala que en aras de no vulnerar derechos como el de legalidad y de las víctimas lo que debe declararse en la sentencia es la responsabilidad por el delito cometido, no por lo acordado.

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

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

“Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al procesado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente, lo que repercute en institutos como la reparación, la prescripción y el principio de legalidad, como se explica en este texto. La importancia de esta regla estriba en que la reparación e indemnización de la víctima está en relación directa con la responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C.

Por ende los derechos de las víctimas (verdad y reparación) no se afectan cuando en cualquiera de las especies de preacuerdos se mantiene la responsabilidad conforme al delito cometido y lo único que se modifica es la pena, estas mutaciones son las que corresponden exclusivamente a razones de política criminal, a las rebajas o beneficios por justicia premial.”

¹³ NELSON SARAY BOTERO, *Procedimiento Penal Acusatorio*, Leyer, Bogotá, 2016, p. 74.

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

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

Cita al efecto esta Sala, una providencia de este Tribunal cuya ponencia fue asumida por el Magistrado Pío Nicolás Jaramillo Marín¹⁴, en la cual el objeto de acuerdo consistió en el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad de que trata el artículo 56 del C. Penal, y en aplicación de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a que se ha hecho referencia, se tornaba necesario declarar la prescripción de la acción penal, sin embargo, consideró la Sala del Magistrado Ponente que “si aceptásemos que por reconocerse la circunstancia de marginalidad la acción penal prescribió, no podría emitirse el presente fallo, debiendo en su defecto ordenarse la preclusión de la misma, lo que desencadenaría en el exabrupto, si se tiene en cuenta que el fin último de la negociación es precisamente la terminación del proceso con una pena morigerada derivada del acuerdo, y nunca la enervación de la pretensión punitiva del Estado.”

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

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

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

Por otra parte, también podrán irradiarse los efectos de la postura mayoritaria en las reglas de competencia establecidas para la asunción del conocimiento de los procesos penales, aunque en providencias anteriores a las que se hace referencia ha establecido el Alto Tribunal que en materia de definición de competencia “el juez competente está determinado por el

¹⁴ Sentencia emitida el 1 de marzo de 2016 dentro del radicado 050016000206201166136.

factor objetivo, es decir, por la naturaleza y calificación jurídica del hecho penalmente relevante antes de la realización del preacuerdo¹⁵ comoquiera que se parte de la hipótesis de que el preacuerdo no desnaturaliza la razón por la cual se dio inicio a la investigación penal. Asumir una postura como la que pretende implementar el Alto Tribunal, reluce también a estos efectos, desprovisto de sentido.

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

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

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

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

Las dos últimas circunstancias que vienen de anotarse se presentan en el caso objeto a estudio, por lo que resulta imperiosa la intervención del Tribunal en tal sentido, puesto que estamos llamados a controlar la legalidad de los delitos y las penas, así como la tipicidad de los delitos perpetrados.¹⁶

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

Descendiendo a lo que es objeto de decisión, el Defensor como sujeto recurrente solicitó la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión a Kelly Julieth Arias Arango, por cuanto la pena mínima

¹⁵ CSJ AP, 9 abr. 2008, Rad. 29.444

¹⁶ Cfr. CSJ AP, 30 abr. 2008, Rad. 29530. *“En efecto, si bien es cierto que en materia de preacuerdos y negociaciones la competencia del superior jerárquico es bastante limitada, pues no atañe directamente a discusiones probatorias sobre la participación y responsabilidad de los acusados, sino en general a la legalidad de los términos del acuerdo, a la dosificación de la pena imponible y a los mecanismos sustitutivos de su ejecución, también lo es que los funcionarios, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, también están llamados a controlar la legalidad de los delitos y de las penas, así como la tipicidad de los delitos perpetrados”*¹⁶ (Negrilla fuera de texto)

establecida para la conducta delictiva de homicidio agravado con la circunstancia diminuyente de punibilidad del artículo 57 del C. Penal, reconocida en virtud del preacuerdo, no es superior a 8 años de prisión.

Estableció que cuando el artículo 38 B *Ibídem*, prevé la alocución *conducta punible* es porque deben tenerse en cuenta tanto las atenuantes como los elementos amplificadores del tipo, de ahí que no sea cierto, como lo estableció la Juez de primera instancia, que en el caso concreto la pena mínima sea de 400 meses, puesto que no consulta la circunstancia reconocida vía preacuerdo de la *ira o intenso dolor*.

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, recuérdese que a Kelly Julieth Arias Arango le fueron imputados los delitos de **Homicidio agravado (art.103, 104 numeral 7) con las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los numerales 6 y 10 del artículo 58 del C. Penal, en concurso heterogéneo con el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (art 365 numeral 5).**

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

i) Kelly Julieth Arias Arango, aceptaba la responsabilidad por los delitos de homicidio agravado y porte de armas agravado con las circunstancias de mayor punibilidad anunciadas en la audiencia destinada para la formulación de acusación, lo cual supone unos extremos punitivos que oscilan entre 400 en el mínimo y 600 en el máximo para el delito atentatorio de la vida e integridad personal y de 216 meses para el delito de Porte de armas.

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

iii) Además de ello se estableció la pena a imponer así: por el delito más grave la pena a imponer se determinó en 66.66 meses, guarismo que se incrementa en 5,34 meses por el delito concursal, quedando en un total de 72 meses de prisión.

Así, la acusada aceptó los cargos endilgados y la circunstancia de ira o intenso dolor no obedeció a un ajuste unilateral por la Fiscalía sino a una fórmula de arreglo que como tal tendrá efectos sólo para la imposición de la pena de ahí que no pueda entenderse como si en realidad la acusada hubiera realizado las conductas punibles aceptadas bajo el estado de ira o intenso dolor, puesto que no se puede desnaturalizar la realidad de los hechos por los cuales se dio inicio a la investigación, so pena de vulneración de los derechos y garantías fundamentales, como se ha venido argumentando a lo largo de este proveído.

Por esta razón no es posible acceder al pedimento del Defensor recurrente, toda vez que, si bien los extremos punitivos se vieron disminuidos con la circunstancia acordada, a efectos de analizar el subrogado debe tenerse en consideración los del delito cometido. Así las cosas, como los delitos imputados a la acusada aparejan una pena superior a 8 años, no es posible conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural.

4.3 OTRA DECISION EN LA CUAL EL MAGISTRADO PONENTE SE APARTA DEL CRITERIO DE LA CORTE EN TEMA PRISION DOMICILIARIA Y NEGOCIACION

En providencia integrada por los magistrados Luis Enrique Restrepo Méndez (ponente), José Ignacio Sánchez Calle y Nelson Saray Botero, igualmente, nos apartamos del precedente de la Corte en tema de quantum a tener en cuenta para efectos de la prisión domiciliaria.

La providencia se adoptó en el proceso con radicado 05 001 60 00206 2015 59468 de 19 agosto 2016

Se trató de un acuerdo, previa variación del cargo de homicidio agravado a simple dada la imposibilidad de acceder a elementos materiales probatorios que sustentaran la agravante, consenso que consistía en reconocer al acusado la situación de marginalidad de que trata el artículo 56 del C.P., pactando una pena de 96 meses de prisión y reconociendo la prisión domiciliaria a su favor.

Se dijo en dicha decisión:

6. Desde los albores del sistema penal de juzgamiento vigente, la jurisprudencia admitió la posibilidad de incluir en las negociaciones lo referente con la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, siempre y cuando no exista una voluntad inequívoca del legislador para no conceder este tipo de beneficios o lo que es lo mismo siempre que no desconozcan las exigencias que el legislador consagró para su procedencia. Sobre el tema esto dijo la Corte:

“3. Respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, la posibilidad de ser acordadas a través de las negociaciones que realicen fiscalía e imputado, convenios que obligan al juez excepto si son lesivos de las garantías fundamentales, no admite exclusiones por la naturaleza del delito a menos que se exprese en contrario una inequívoca voluntad legislativa manifestada a través de una ley que se expida en la nueva y transformada realidad del sistema procesal penal. Entre tanto, la prohibición deviene insubsistente.”¹⁷

En la misma dirección, desde esos inicios del sistema la jurisprudencia entendió que el acuerdo sobre la forma de ejecución de la sentencia no se erigía en un doble beneficio, pues se trata de institutos ajenos a la legalidad de delitos y penas, es decir, no constituyen desconocimiento alguno de la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 351 del C. de P.P. Esto señaló la Corte al respecto:

Igualmente, conforme lo anteriormente expuesto, resultaba legalmente admisible que se pactara el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por cuanto además de encontrarse dentro del ámbito de los preacuerdos aquellas negociaciones referidas a la modificación en las condiciones para la ejecución de la pena privativa de la libertad, se comprende sin dificultad que con su reconocimiento en el sub iudice no se vulnera la limitante consagrada en el inciso segundo del artículo 351 del C. de P.P....puesto que los subrogados y beneficios judiciales o administrativos no hacen parte del factor pena ni se constituyen en elemento para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena.¹⁸

7. En punto del análisis acerca de la procedencia de los sustitutos y subrogados en casos de preacuerdos y negociaciones, la Corte ha venido entendiendo, aunque no de manera unánime, que la sentencia se profiere por el delito acordado, no por el realmente ejecutado e imputado, en consecuencia, el análisis a que se refiere la Sala debe abordarse a la luz de aquella conducta y no de ésta.

Así lo entendió, mayoritariamente esa Corporación de cierre en un asunto en que la calificación jurídica de la conducta realmente ejecutada correspondía a la autoría de porte ilegal de armas, la que como consecuencia del preacuerdo se vio degradada a complicidad, variación que se consideró por el juez de primera instancia imponiendo la pena correspondiente al cómplice y condenando bajo ese dispositivo amplificador del tipo penal, es decir, fallando en los términos acordados. No obstante, el tribunal, a pesar de confirmar el fallo, lo aclaró indicando que se condenaba al acusado en calidad de autor del reato, es decir, que los efectos del preacuerdo se entendían reflejados solo en la pena a imponer, procedimiento criticado por la Corte al considerarlo, primero violatorio del principio de *Non reformatio in pejus*, agregando además, en punto de la conducta a considerar frente al análisis de los sustitutos lo siguiente:

4.1 Los juzgadores examinaron la procedencia de la prisión domiciliaria a la luz de la Ley 1709 de 2014, por considerar sus disposiciones, en concreto,

¹⁷ Sentencia de casación del 14 de marzo de 2006, Rdo. 24.052.

¹⁸ Sentencia de Casación del 8 de julio de 2009, radicado No. 31.531.

las relativas al factor objetivo, más favorables. Sin embargo, para arribar a esa conclusión partieron de premisas erradas, esto es, que el marco punitivo a tener en cuenta para esos efectos, es el previsto para el autor, cuando lo correcto es observar el del cómplice.

...

4.2 Tal planteamiento se muestra incoherente frente a lo acordado por las partes en el preacuerdo, toda vez que allí no se convino una pena alternativa, como lo sugiere el ad quem, ni se estipuló un mero descuento punitivo, sino la aceptación de cargos a cambio de que se degradara la forma de participación de coautor a cómplice.¹⁹

El anterior criterio fue reiterado en la decisión, también mayoritaria, dentro del radicado 46.101²⁰.

Como se anticipara atrás, en las anteriores decisiones se presentó un salvamento de voto por parte del Magistrado Fernández Carlier, quien partiendo por diferenciar las distintas clases de preacuerdos, consideró que en todas y cada una de sus modalidades la aceptación de responsabilidad se debe realizar sobre la conducta realmente imputada y que los efectos del consenso han de reflejarse únicamente en la pena, ello, en garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

8. Hasta aquí, queda claro que de acuerdo con la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, la prisión domiciliaria puede ser objeto de preacuerdo, aun concurriendo con la variación en la calificación de la conducta o el reconocimiento de alguna circunstancia que si bien en estricto sentido no modifica su *nomen iuris* si le introduce un efecto importante desde la punibilidad, como sucede con un dispositivo amplificador del tipo o el reconocimiento de una diminuyente de punibilidad, entre otros. Así mismo, es criterio mayoritario de ese Tribunal, que la procedencia de la prisión domiciliaria debe analizarse desde la perspectiva de lo acordado y no de lo realmente imputado. El anterior se constituye en el precedente jurisprudencial sobre el tema en discusión.

9. El anterior criterio jurisprudencial, en principio obliga a la Sala a decidir de la misma manera, con fundamento en el concepto de doctrina probable, empero, ese deber no es absoluto, como pasa a explicarse a continuación:

Sobre el concepto de doctrina probable y el carácter obligatorio que se le asigna vale la pena traer a colación nuestra doctrina constitucional²¹ al analizar decisiones fundantes de la Corte Constitucional, con efectos *erga omnes*, como la sentencia C-836 de 2001, en la que evaluó la exequibilidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896, que se ocupa del tema que interesa.

En esa decisión la Corte, al referirse a la esencia de la doctrina contemporánea sobre el precedente judicial, realiza una clara diferenciación entre tres sistemas de manejo del precedente judicial, el primero entendido como sistema libre de jurisprudencia, el segundo como sistema absoluto y el tercero de carácter relativo. El sistema libre de jurisprudencia niega que los precedentes ya decididos tengan algún peso jurídico específico; el

¹⁹ Sentencia de casación del 24 de febrero de 2016, radicado SP 2168-2016, 45.736

²⁰ Sentencia de casación del 1 de junio de 2016, SP 7100-2016, 46.101

²¹ En este tema se sigue el criterio expresado por el profesor López Medina Diego Eduardo, en su obra *El derecho de los jueces*, Ed. Universidad de los Andes y Legis, segunda edición, págs. 74 y ss.

segundo, sistema absoluto, por el contrario, impone que todo caso análogo a uno anteriormente fallado tenga que ser decidido de idéntica manera, lo que imprimiría a la jurisprudencia un carácter inflexible, pétreo, que resulta insostenible en una sociedad moderna. Y, como suele suceder cuando se enfrentan dos posiciones o teorías absolutamente opuestas entre sí, surge una tercera ecléctica o para el caso relativa, que fue por la que se inclinó nuestra Corte Constitucional en la decisión citada atrás, de acuerdo con la cual *“un precedente ya adoptado tiene un peso específico, esto es, cuenta como argumento (aunque no decisivo) para decidir en el mismo sentido y con los mismos argumentos el nuevo caso análogo que se presente al juez”*²².

En el anterior orden de ideas, en un sistema relativo el juez tiene el deber *prima facie* de respetar el precedente, pero ese deber no puede entenderse absoluto o definitivo, pues en razón del principio de autonomía judicial los jueces pueden separarse de la línea jurisprudencial ya fijada si exponen motivos suficientes y razonables para ello. La carga de argumentación que pesa sobre el juez en estos casos tiene una doble connotación, la primera hace relación al deber de transparencia que lo compele a conocer y anunciar los precedentes vigentes que se oponen a la decisión que va a adoptar, ello con el fin de evitar un cambio oculto o soterrado de la jurisprudencia; y, en segundo término, tiene la carga de mostrar con claridad porqué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anterior adoptada, para evitar un cambio caprichoso en la jurisprudencia.

Este criterio ha sido reiterado de manera insistente por la Corte Constitucional en sede de control constitucional y de tutela en términos como los que se transcriben a continuación:

5.4.3.2. En razón de la tensión aludida y con el fin de armonizar los principios constitucionales involucrados, la propia jurisprudencia constitucional que admitió el valor de precedente de la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre, ha reconocido la posibilidad de que jueces y magistrados se aparten excepcionalmente de su aplicación forzosa, previo cumplimiento estricto de determinados requisitos, mediante el apartamiento judicial, como límite de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales. Al respecto, en la sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional manifestó: (...) La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4, del precedente.

5.4.3.3. Como se dejó expresado, sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha

²² Ob. Cit. Pág. 84.

precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones.

5.4.3.4. Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia, es decir, satisfacer una carga dialogal con el precedente, como fundamento de la decisión discrepante. En tales casos, por la iniciativa razonada del juez, el precedente judicial puede no ser aplicado, siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento. En la citada sentencia C-634 de 2011, la Corte dijo:

15. La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.

²³

En síntesis, el juez puede separarse del precedente jurisprudencial, previa satisfacción de las exigencias reseñadas jurisprudencial y doctrinalmente

10. La anterior reflexión sirve de prolegómeno al fundamento de la presente decisión, en la que esta Sala se apartará del criterio de la Corte Suprema de Justicia en torno al punto objeto de debate y que venía acatando. Las razones son las siguientes:

11. Un sistema penal de juzgamiento, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, como política de Estado en materia criminal, tiene por finalidad contribuir a la lucha eficaz contra la impunidad y la criminalidad en general, finalidad que tiene como objetivos específicos, entre otros, el fortalecimiento de la capacidad punitiva del Estado concentrada en las funciones de investigación y acusación que le competen a la Fiscalía General de la Nación -las autoridades de Policía Judicial colaboran con la primera-, la agilización en la administración de justicia mediante un proceso penal

²³ Sentencia C-816-11.

célere, sin desconocer y propugnado por el afianzamiento de las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas.

Lo fines acabados de destacar no son ajenos a los preacuerdos y negociaciones, respecto de los cuales se adicionan otros más específicos consagrados en el artículo 348 del C. de P.P. que sirve de encabezado al título II, capítulo único de ese ordenamiento que se ocupa de su regulación, fines como el de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con la conducta punible, obtener una participación activa del acusado en la definición de su caso, todo ello dentro de un marco de respeto por la legalidad, de las garantías fundamentales y de la necesidad de aprestigiar la administración de justicia.

No se trata de simples manifestaciones retóricas, sino de reales mandatos que deben ser observados por los involucrados en la administración de justicia.

12. No obstante lo anterior, la realidad enseña, cada vez con más frecuencia, que el instituto de los preacuerdos ha desencadenado situaciones que contradicen de manera grave los fines que les son inherentes. Las razones de esa crisis son de diferente índole pero vinculadas entre sí de manera inescindible, de un lado, el manejo que le ha imprimido al instituto la Fiscalía General de la Nación y, de otro, la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema de Justicia en torno al tema. Veamos las razones de este aserto:

12.1. La judicatura cada día se enfrenta a situaciones en que la Fiscalía acude a los preacuerdos como mecanismo de descongestión de sus despachos y alimento de sus estadísticas vacías de contenido sustancial y de justicia. En otros términos, olvida el organismo acusador que como titular de la acción penal debe velar porque el instituto se aplique dentro de pautas de proporcionalidad, sensatez y equilibrio, sin dejar de lado la necesidad de aprestigiar la administración de justicia cada vez que a ellos se acude. Por el contrario, su ejercicio, como lo advirtiera la propia Corte Suprema de Justicia hace ya varios años, se ha convertido en un festín de prebendas desproporcionadas e irracionales, generador de resultados absurdos, que contradicen elementales conceptos de justicia, ocasionando un desprestigio tal que ubica a la Rama Judicial del poder público en los primeros puestos de las instituciones con menos credibilidad para los colombianos.

Esa falta de credibilidad del colectivo en la administración de justicia se explica en situaciones tan absurdas que muestran cómo delitos de menor entidad terminan sancionándose con mayor severidad que delitos verdaderamente graves. Por cuenta de esos desafueros, hoy observamos, solo a título de ejemplo, que personas sorprendidas con alguna cantidad menor de drogas estupefacientes deben purgar intramuralmente las penas que les son impuestas, mientras personas acusadas por homicidio, incluso agravado, terminan siendo sancionados con penas francamente irrisorias, pero además, purgándolas en la comodidad de sus domicilios, todo por cuenta de que la Fiscalía les reconoce circunstancias como la marginalidad.

Este tipo de decisiones resultan inaceptables para las víctimas quienes no pueden entender el poco interés que las vidas de sus allegados despiertan en la administración de justicia y mucho menos entender que esas

decisiones se encuentren ajustadas a la ley. Se trata de la perversión absoluta de las herramientas procesales que genera en la colectividad una sensación de desamparo frente a la administración de justicia, constituyéndose además en fuente de violencia y legitimación, por ejemplo, de los grupos mal llamados de justicia privada, cuya “eficiencia y efectividad” observan los ciudadanos como garantizada. Basta echar un vistazo a la situación de nuestros barrios en los que la autoridad y la ley son ejercidas por esos grupos privados, ante quienes acuden los ciudadanos en busca de solución a sus conflictos cotidianos.

Nótese como el tema de la percepción ciudadana acerca de la efectividad de la administración de justicia para nada es baladí o frívolo como pudiera pensarse.

Es que, perturba el buen juicio observar con inusitada frecuencia actuaciones en las que la Fiscalía, con todos los elementos materiales en su haber para sustentar una acusación en sede de juicio oral, con todas las probabilidades de sacarla adelante, decide preacordar con el acusado, pactando prebendas desmedidas, proceder que carece de justificación pues en esas particulares y ventajosas condiciones, la sensatez indica que las concesiones tendrían que ser mucho más razonables.

Que quede claro, no cuestiona la Sala la herramienta procesal a que se acude, sino la forma irreflexiva en que, cada vez con más frecuencia, se está utilizando, es decir, no se pretende que en casos en que la Fiscalía cuente con suficientes elementos probatorios para ir a juicio con altas probabilidades de éxito abandone la posibilidad de acordar con el acusado, de ninguna manera, lo que pasa es que se entiende que en esas condiciones la Fiscalía está en una posición de privilegio que le permite imponer, en el buen sentido de la expresión, las condiciones de la negociación y no realizar concesiones desmesuradas que convierten su gestión en una burla respecto de los derechos de las víctimas, quienes ante decisiones así adoptadas quedan con la sensación de que su pérdida no fue valorada.

Este es un primer factor determinante de la crítica situación que experimenta actualmente el instituto de los preacuerdos.

12.2. Como segundo elemento desestabilizador de la herramienta de derecho penal consensuado que se analiza está la propia jurisprudencia, que frente a desafueros como los destacados atrás, ha optado por hacerse al margen con el argumento que se soporta en el deber de salvaguardar la estructura del sistema penal de juzgamiento, desde la necesidad de que el juez mantenga su distancia frente a las partes a fin de garantizar su imparcialidad e imparcialidad. Este argumento se ha expuesto en decisiones como la que se transcribe en uno de sus apartes a continuación:

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

Esa manida forma de asumir el preacuerdo como especie de tronera que le permite desasirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración, ha conducido de manera perversa a que en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa a fin de contar con la oportunidad de mermar su carga laboral.

Desde luego que la Corte conoce de la congestión de los fiscales y la enorme cantidad de investigaciones sometidas a su conocimiento.

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

Sin embargo, se repite, no están llamados los jueces a poner coto a tantos desafueros, pues, la naturaleza misma del sistema premial y las facultades consagradas en la ley se lo impiden.

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

A este respecto, precisamente, el ordinal tercero del artículo 251 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, define como función especial del Fiscal General de la Nación, entre otras:

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

Es en seguimiento de estas facultades, que el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, impone al fiscal, para efectos de la celebración de los preacuerdos, “observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación”.

El llamado es, entonces, a que la Fiscalía General de la Nación, no solo fije pautas precisas que permitan a sus delegados ceñirse a estrictos criterios encaminados a cumplir los fines esenciales del instituto premial, con respeto por los derechos de los intervinientes, en particular las víctimas, y de un concepto claro de justicia, sino que establezca mecanismos internos de verificación y control dirigidos a hacer efectivas esas directrices.²⁴

Es decir, la Corporación de cierre es consciente del mal uso que se da a los preacuerdos pero considera que nada puede hacer al respecto. En opinión de la Sala, con sumo respeto por nuestro superior funcional, una decisión

²⁴ C.S. de J. SP13939-2014(42.184) del 15 de octubre.

en tal sentido no aparece lógicamente sustentada, pues considera legítimo un fallo a pesar de que a él se arribe a través de un procedimiento que admite tal cantidad de reparos sustanciales. Es casi como avalar una decisión manifiestamente arbitraria, bajo el prurito de que la forma no permite al juez intervenir, contrariando el artículo 228 de la C.N.²⁵ que da prevalencia al derecho sustancial sobre el adjetivo.

Somos los jueces precisamente los llamados a corregir esas ligerezas, esa es nuestra función constitucional. Así, es la Corte Suprema de Justicia la llamada a orientar la jurisprudencia en esa dirección, a fin de evitar el manejo perverso que se le da a las instituciones procesales sin que con ello se desquicie el sistema penal de juzgamiento. No sería la primera vez que la Corte con sus decisiones ajusta el sistema a nuestra realidad.

Es que el sistema penal de juzgamiento que entró en vigencia con la Ley 906 de 2004 en principio estuvo orientado hacia una modalidad acusatoria semejante en algo a la concepción que de tal sistema ostentan los anglosajones, específicamente los americanos, con una separación absoluta entre el juez y las partes, empero, esa perfección inicial se ha ido desdibujando, a fuerza de realidad, con la introducción de elementos que lo han ido acomodando o amoldando a nuestras propias circunstancias y tradición jurídica, que muestran un juez más proactivo.

Baste mencionar a título de ejemplos los siguientes: El tema relacionado con la congruencia entre acusación y sentencia, empezó tratándose de manera rigurosa, en el sentido de que el juez, en aras de preservar su imparcialidad e imparcialidad, nunca podría proferir sentencia por delito diferente de aquel por el cual la Fiscalía acusaba y pedía condena, en una suerte de interpretación literal del artículo 448 del C. de P.P., todo ello con la finalidad de adoptar la posición que sobre el particular resulta aplicable en legislaciones foráneas, con sistemas acusatorios mucho más decantados; no obstante, paulatinamente la jurisprudencia evolucionó hasta el estado actual, en el que el juez puede fallar por delito distinto, claro está, dentro de unos límites predeterminados, incluso si el fiscal no lo solicita, posibilidad impensable en un sistema acusatorio real.

Otro ejemplo bastante ilustrativo está dado por la posibilidad, que recientemente admitió la Corte Suprema de Justicia, de fallar en condena desconociendo la petición de absolución de la Fiscalía, decisión con la cual en opinión de la Sala cualquier rezago de acusatorio del sistema penal de juzgamiento desapareció.

Ni que decir de las decisiones en que los jueces rechazan solicitudes de preclusión, con las cuales se termina imponiendo por el juez una determinada directriz investigativa a la Fiscalía.

Estas decisiones admiten como válida la intervención del juez en determinadas circunstancias con el fin de evitar decisiones que resulten odiosas al concepto de justicia, como las de absolver a pesar de estar demostrado que el acusado ejecutó una conducta menos grave, o la de

²⁵ ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

absolver a pesar de entender acreditada la responsabilidad o la de evitar preclusiones injustificadas, todas ellas intervenciones del juez, que resultan odiosas a sistemas penales acusatorios en sus manifestaciones más puras, pero que se ajustan a nuestra realidad, sin que comporten atentados graves a los derechos de los involucrados en la actuación.

La realidad acabada de describir tan solo con algunos pocos ejemplos, resta fortaleza a los argumentos que inhiben al juez de corregir los abusos de las partes en los preacuerdos y que se fundan en la necesidad de preservar las características propias de un sistema penal de juzgamiento acusatorio, por el sólo hecho de ostentar esa condición y obliga a ir más allá en la adopción de decisiones que procuren la realización de un concepto real de justicia.

Ahora bien, al corregir esos desafueros los jueces no pierden su imparcialidad, pues improbadamente el preacuerdo, el juez no tiene posibilidad de asumir el juicio.

13. Ejemplo de decisiones jurisprudenciales problemáticas en sus efectos, es precisamente aquella que indica que en tratándose de preacuerdos, la sentencia ha de proferirse por el delito negociado y no por el realmente cometido y contenido en la imputación o acusación. Veamos las razones de este aserto:

13.1 Un primer aspecto relevante está determinado por los derechos de las víctimas. En efecto, capítulo aparte merece la regulación que nuestro sistema penal de juzgamiento posee en relación con la víctima y sus derechos, en el cual, a diferencia de los llamados acusatorios más representativos en los que las víctimas deben acudir a la vía civil a salvaguardar su derecho a la reparación, la intervención de la víctima se ha ido ampliando de manera considerable por cuenta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶ a punto tal que hoy, sin temor a exagerar, la víctima tiene facultades casi de parte, pues puede solicitar pruebas directamente, incluso anticipadas, interponer recursos, intervenir en audiencias de preclusión, interrogar a los testigos por vía de la Fiscalía, etc. Casi que su única limitación está representada en la imposibilidad de intervención directa en sede del juicio oral a efectos de interrogar y contrainterrogar, pues debe hacerlo a través de la Fiscalía.

En fin, nuestro sistema, acorde con reglas internacionales, otorga una posición relevante a la víctima a fin de que sus derechos sean garantizados de manera plena. Se trata de un mandato de origen constitucional, pues el artículo 250 de la Carta en tres de sus numerales se ocupa de imponer cargas a la Fiscalía respecto de las víctimas, todo lo cual aunado al carácter oponible *erga omnes* de los fallos de constitucionalidad que han ampliado considerablemente su margen de acción, significa que cualquier interpretación o decisión en contrario será nula de pleno derecho.

Precisamente, incluso desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional había sostenido que los derechos de las víctimas dejaron de ser eminentemente pecuniarios, para extenderlos a la búsqueda de la verdad y la justicia.

²⁶ Por solo mencionar algunas: C-454 de 2006, C343de 2007, C-209 de 2007 y C-260 de 2011.

En relación con el derecho a la verdad, hay que decir que comporta el derecho a que se conozca lo realmente ocurrido, pero además a que la condena se profiera de conformidad con esa realidad, independientemente del acuerdo a que se arribe con la Fiscalía. A título de ejemplo, cuando en un específico evento se imputa homicidio simple y se acuerda reconocer el estado emocional en el agente, pacto válido, no es lo mismo que se exprese en la condena que la vida se segó por un estado de ira del autor a que fue por cuenta de un homicidio simple, pues lo primero es manifestar que el fallecido tuvo alguna responsabilidad en su propia muerte, afirmación que no corresponde a la verdad y que sin duda genera insatisfacción frente a los derechos de las víctimas. Situación diferente es que se condene por homicidio simple y se afirme reconocer la rebaja de pena que corresponde al delito emocional como consecuencia del preacuerdo. Solo de esa manera podría considerarse salvaguardados el derecho a la verdad e incluso el derecho a la justicia, pues se procede con sujeción al principio de legalidad estricta. Todo lo anterior, sin mencionar que la posibilidad de indemnización de los perjuicios se ve afectada si es que la condena se profiere con la diminuyente referida.

En síntesis, la tesis mayoritaria de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre el punto, pone en entredicho de manera real y seria los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y, en ocasiones, a la reparación.

13.2 Una segunda situación problemática que se deriva del criterio de la Corte, es que los requisitos de procedencia de los subrogados y sustitutos penales deben examinarse a la luz de la calificación jurídica acordada y no la imputada, lo que en sentir de la Sala desencadena el desconocimiento del principio de legalidad, en la medida en que cada vez con más frecuencia se está concediendo este tipo de beneficios en casos en que se juzgan conductas respecto de las cuales el legislador no ha expresado su intención o voluntad de hacerlos procedentes.

Más claro, el principio de legalidad impone que la procedencia de los subrogados y sustitutos penales sea examinada a la luz de la conducta realmente ejecutada.

La Corte con su posición jurídica sobre el punto, termina por desconocer su propia línea jurisprudencial. En efecto, si ha sostenido que la ejecución de la pena es un tópico que puede ser acordado, siempre y cuando no exista una voluntad inequívoca del legislador de no conceder este tipo de beneficios en razón de la naturaleza de la conducta, y, al final, por cuenta del preacuerdo se termina concediendo la prisión domiciliaria al responsable, por ejemplo, de un delito de homicidio, simple o agravado, delincuencia realmente ejecutada, claramente se está desconociendo el criterio antes expuesto, sin que valga el argumento en el sentido de que la calificación se mutó, pues la realidad se impone, determinando el alcance del principio de legalidad.

Tampoco resulta válida la afirmación a que se acude en este tipo de situaciones para justificar el otorgamiento de los subrogados, en el sentido de que la conducta no está incluida en las prohibiciones del artículo 68A, pues la razón para no estarlo es precisamente la pena imponible al delito realmente ejecutado, que hace innecesaria esa inclusión.

Al margen de todo lo anterior, la víctima padeció el delito realmente ejecutado no el acordado.

Los fines de los preacuerdos respecto de los acusados tienen que ver con aligerar sus penas, no modificar la realidad de sus comportamientos, ese es el fondo del asunto y desde esa perspectiva debe entenderse, de allí que la forma de evitar ese tipo de desafueros es simple, pero no por ello caprichosa o arbitraria, y consiste en entender que la sentencia debe proferirse por el delito realmente cometido. Solo de esa manera se salvaguardan los derechos de las víctimas y el principio de legalidad en los términos hasta aquí expuestos.

13.3 Es que las anteriores no son las únicas situaciones problemáticas que desencadena la posición jurídica de la Corporación de cierre, hay otras que, por extremas, admiten calificativos mucho más graves. Por ejemplo, ha habido situaciones en las que el delito acordado se encuentra prescrito por cuenta del reconocimiento de la circunstancia de marginalidad²⁷; o situaciones en que, como resultado de la negociación, el delito acordado exige querrela y conciliación como requisitos de procesabilidad y por contera admite la extinción de la acción por reparación integral. Ahora, si la sentencia se profiere por el delito acordado, el juez no podría hacerlo si está prescrito o si la parte acusada reparó los daños, hipótesis inaceptables desde cualquier punto de vista.

En fin, como reza la sabiduría popular, la realidad supera en su alcance a la ficción y los ejemplos de la perversión del sistema irán llegando con absoluta seguridad, cada vez de mayor entidad, como para que los jueces sigamos limitándonos a realizar un llamado de atención a quienes ningún interés han manifestado en escucharlo.

14. Finalmente, cabe preguntarse cuál es el real efecto desestabilizante del sistema o de los derechos de los intervinientes generados por la interpretación judicial que del problema jurídico se propone en esta decisión? La Sala no los aprecia, empero, de existir, deben ceder en un juicio de proporcionalidad que los confronte con los beneficios, tal como hasta acá se ha discurrido.

15. Las anteriores son razones suficientes para que la Sala decida apartarse del criterio decantado hasta hoy por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de entender que en casos de preacuerdos la condena debe proferirse por el delito preacordado y no por el realmente ejecutado e imputado y que la procedencia de los sustitutos debe analizarse también a la luz de la conducta acordada, ello, por considerar que tal criterio desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y eventualmente a la reparación, atenta contra el principio de legalidad y propicia decisiones que no contribuyen al aprestigiamiento de la administración de justicia.

Con esta decisión la Sala cambia su posición jurídica respecto del problema tratado y opta por acoger la expuesta no solo por el magistrado disidente en la Corporación de cierre sino por muchos de nuestros jueces que con tino

²⁷ Sentencia del 1 de marzo de 2016, radicado 0500016000206201166136 Tribunal Superior de Medellín

han puesto de presente la necesidad de abordar el problema desde la perspectiva acá replicada.

16. En el caso concreto fue precisamente lo acabado de señalar lo que aconteció, pues el delito cometido es un homicidio que la Fiscalía calificó como simple, estableciendo como objeto de negociación el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad de que trata el artículo 56 del C.P. con el fin de otorgar una considerable rebaja en la pena a imponer, cuyo mínimo pasó de 208 a 34.6 meses de prisión, circunstancias en las cuales, bajo la interpretación jurídica de la Corte Suprema de Justicia sería procedente el sustituto de la prisión domiciliaria; no así, de acogerse la posición o criterio jurídico que la Sala ha adoptado a partir de este proveído, pues respecto del homicidio simple, la pena mínima (208 meses de prisión) hace improcedente tal reconocimiento. Así las cosas, al haberse pactado un sustituto improcedente en el caso concreto, el preacuerdo puesto a consideración del *a quo* debió ser improbadado por violatorio del principio de legalidad, en lo que a este tópico se refiere, razón suficiente para decretar la nulidad de lo actuado a partir de la decisión del 16 de marzo pasado, a través de la cual el Juez Cuarto Penal del Circuito de Medellín aprobó el preacuerdo y en consecuencia ordenar regresar la actuación a la primera instancia a fin de que prosiga con el trámite del juicio ordinario.

4.5 RAZONES ADICIONES. LA NEGOCIACIÓN ES FENÓMENO POSTDELICTUAL

En providencia CSJ SP7100-2016, rad. 46.101 de 1° junio 2016 se dijo que la negociación no es fenómeno postdelictual.

En concreto explicó la alta corporación judicial:

Si, como se tiene dicho, los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, hacen parte integral de la justicia consensuada y si su finalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 «*es 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*», no es posible equiparar tales mecanismos con aquellas actitudes post-delictuales del procesado que no guardan relación con la conducta punible y que, por consiguiente, no pueden ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad porque operan, exclusivamente, con posterioridad a la concreta individualización de la pena.

En el artículo 61 del Código Penal, por ejemplo, y para destacar que son fenómenos postdelictuales, no se tienen en cuenta circunstancias posteriores al delito cometido, como por ejemplo, la reparación en delitos contra el patrimonio económico (artículo 269 C.P./2000), el reintegro en delitos contra la administración pública (artículo 401 C.P./2000), la rebaja de pena por allanamientos y acuerdos (artículos 348-354 C.P.P); o en la legislación anterior, la sentencia anticipada (artículo 40, Ley 600 de 2000) y la rebaja por confesión (artículo 283 *ibídem*), etc., pues tales aspectos o criterios operan como factor de rebaja de la pena una vez

individualizada; así como tampoco se tienen en cuenta las muestras de arrepentimiento con manifestación de perdón privado o público,

Sobre el particular, dijo la Corte

“En este punto, impera precisar al actor que el cuestionamiento dirigido a controvertir la posición del Tribunal según la cual, no es posible atender el comportamiento posterior a la comisión de la conducta punible —indicativo de su arrepentimiento— para tasar la pena, de manera alguna enseña la existencia de violación directa de la ley sustancial, pues por el contrario, se ajusta al mandato legal del inciso 3º del artículo 61”²⁸.

Así pues, que en el concepto de “*la mayor o menor gravedad de la conducta*” (artículo 61 C.P./2000) no se incluyen las circunstancias postdelictuales,

“[p]or ejemplo, allanamiento a cargos, confesión, indemnización de perjuicios, pues la apreciación de estos comportamientos dan lugar a la concesión de descuentos punitivos sobre la pena individualmente considerada y no a la graduación específica punitiva”²⁹.

Es decir, que los fenómenos postdelictuales no afectan los límites punitivos ya vistos y dicha rebaja de pena se aplica es sobre la pena una vez individualizada.

La Corte reiteró que dicha situación no afecta los extremos punitivos, “*ya que la disminución se realiza una vez individualizada la pena, y sin efectos en el término prescriptivo de la acción penal*”³⁰.

Así mismo, la negociación, en cualquiera de sus modalidades, no afecta los extremos del delito base para efectos de prescripción, porque es un fenómeno postdelictual.

5 CONCLUSION

Así las cosas, las penas de los delitos por los cuales se procede son los de homicidio agravado en grado de tentativa, de 200 meses a 450 meses de prisión, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, de 108 meses a 144 meses de prisión; y son éstas penas las que se deben confrontar con el canon 38-B del Código Penal, adicionado por el Art. 23 de la Ley 1709 de 2014, ambos delitos superan el límite de ocho (8) años o noventa y seis (96) meses como límite que exige el numeral 1º de la norma en comentario, razón por la cual por simples razones objetivas no procede el mecanismo sustitutivo impetrado.

La pena a tener en cuenta no es la que se deduce con el reconocimiento a través de la negociación del Art. 56 del CP, esto es, 33,3 meses y 18 meses de prisión, respectivamente. En este aspecto es que la Sala se aparta del criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 29 de julio de 2008, Radicado 29.788, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 6 junio de 2012, Rad. 35.767, M.P. José Leonidas Bustos Martínez

Se ha de confirmar la sentencia del *sub lite*, pero por las razones expuestas.

6.- DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena objeto de confutación en contra del ciudadano JOSE DANIEL RESTREPO MUÑOZ, alias "*EL MOCHO*", de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** se niega la prisión domiciliaria, por las razones explicadas; **(iii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NELSON SARAY BOTERO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado

SANTIAGO APRAEZ VILLOTA

Magistrado

Salvamento de voto

Con mi acostumbrado respeto me permito disentir de la decisión mayoritaria, con base en las siguientes razones:

1. La providencia de segunda instancia resulta violatoria del principio de la *no reformatio in pejus* consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política e inciso 2º del artículo 20 de la ley 906 de 2004.

Lo anterior porque no tuvo en cuenta que el defensor es apelante único y que el punto propuesto por éste al solicitar que la segunda instancia se abra a trámite apuntaba a que se revisara la determinación adoptada por el funcionario de conocimiento en relación con la prisión domiciliaria, que el juez denegó, no por el aspecto objetivo del numeral 1º del artículo 38B de código penal, sino por no haberse acreditado el arraigo familiar y social del condenado (numeral 3º) y garantizado mediante caución la indemnización a la víctima (literal b. numeral 4º).

Fíjese que el juez dio por superado los aspectos objetivos previstos en los numerales 1º y 2º del citado artículo, acogiendo en ese sentido línea jurisprudencial emitida por este Tribunal y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que como las penas mínimas para los delitos endilgados eran menores a ocho (8) años y los comportamientos no estaban enlistados en las exclusiones del artículo 68A e jusdem, la pena sustitutiva no podía negarse por el incumplimiento de estos requisitos (páginas 10 a 15 de la sentencia).

Ante esa realidad el defensor cuestionó la negativa del juez en torno a aquellos aspectos y en ese sentido sustentó el recurso, sin aludir para nada al monto de la pena.

Ocurrió, empero, que el Tribunal con su decisión mayoritaria desconoció por completo que la segunda instancia podía abrirse a trámite únicamente para revisar lo concerniente al cumplimiento de los requisitos 3º y 4º del artículo 38B, como así se lo estaba planteando el apelante único, y por el contrario fue más más allá al revisar un punto que el juez había dado por satisfecho, atendiendo a línea jurisprudencial vigente, sorprendiendo de esta manera al defensor, quien en ningún momento confrontó ese nuevo aspecto y no tuvo la oportunidad de debatirlo, con lo cual resulta apenas obvio para el suscrito que la mayoría vulneró aquel principio de orden constitucional y que hace parte integrante del debido proceso.

2. La providencia adoptada por la mayoría desconoció la línea jurisprudencial mayoritaria trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y con razones abstractas sobre el principio de legalidad y los derechos de las víctimas, no descendió a señalar porqué en este caso concreto éstos se verían afectados con la posible sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria.

Fíjese no más que se cita en apoyo el salvamento de voto del Magistrado Fernández Carlier a la sentencia emitida el 1º de junio de la presente anualidad dentro del Radicado 46101, pero de manera descontextualizada, como que ni siquiera se concreta las modalidades de los preacuerdos que fueron partes de dicho salvamento y que lo llevaron a distinguir entre la estricta tipicidad de los hechos y los efectos que comporta la sanción negociada en los preacuerdos simple, degradado o con readecuación, con las siguientes conclusiones:

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

Resta por decir que en los casos en que el subrogado o beneficio no está prohibido por la Ley, tales mecanismos se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros dependen del marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y es ese marco o la pena impuesta y no otros los que determinan si hay lugar a 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.”.

En esa medida me aparto del criterio mayoritario, porque a mi juicio la Sala debió entrar exclusivamente a analizar los puntos propuestos por apelante único y no resolver un tema que el juez dio por superado, sin descender a analizar el caso concreto y citando de manera descontextualizada el salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, quien da a entender que el preacuerdo extiende sus efectos no sólo a la pena sino también a los beneficios que derivan de la misma.

Cordialmente,

Santiago Apráez Villota
Magistrado

Fecha *ut supra*.