

TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05-001-60-00206-2019-18681
Acusado	Kevin René Vega Buitrago
Delitos	Dos delitos de receptación (sin allanamiento, luego se presentó negociación). Art. 447 CP. Se allanó por otros delitos de hurto.
Denunciantes	Juan José Escobar Naranjo. Caleb Sánchez Ortiz Humberto de Jesús López Ramírez
Hechos	1° agosto 2019, calle 30 con carrera 77, Medellín
Juzgado <i>a quo</i>	Décimo (10) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra auto de 18 diciembre 2019 por el que imprueba negociación
Consecutivo	SAP-A-2020-04
Aprobado por acta	N°40 de 11 de marzo de 2020
Audiencia de exposición	Martes 17 de marzo de 2020. Hora: 8:30 am. S-15 piso3°
Tesis	La Sala se aparte expresamente del precedente de la Corte Constitucional SU-479 de 2019 que establece que la circunstancia de atenuación punitiva debe probarse en el preacuerdo.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE

Medellín, Antioquia marzo diecisiete (17) de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO

La Sala mayoritaria, ante la derrota del proyecto inicial, resuelve el recurso de apelación que presentaron el Fiscal delegado y la defensa de KEVIN RENÉ VEGA BUITRAGO, contra la decisión del 18 de diciembre de 2019, por la cual el Juez Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, improbió el preacuerdo que la Fiscalía General de la Nación celebró con el imputado

2. HECHOS

En la tarde del primero (1°) agosto de 2019, cuando JUAN JOSÉ ESCOBAR NARANJO se desplazaba en el vehículo de placas MNJ-435 acompañado de un amigo por la calle 30 con carrera 77 de esta ciudad, fue abordado por KEVIN RENÉ VEGA BUITRAGO quien a su vez de movilizaba en una motocicleta Yamaha, color amarillo y verde, placas RGC-75-E, y mediante ademanes amenazantes le dijo que detuviera la marcha del automotor.

Cuando los ocupantes descendieron del vehículo, el sujeto les informó que él era "el duro de la zona" y necesitaba verificar si fueron los que hurtaron a una integrante de su organización criminal una suma de dinero. Por ello y luego de registrar el automotor, le solicitó al joven JUAN JOSÉ ESCOBAR la entrega de su billetera, teléfono móvil y llaves del carro.

En ese momento y por llamado de la comunidad, una patrulla de policía se presentó en el sitio y capturó a KEVIN RENÉ VEGA BUITRAGO cuando descendía del automóvil. En su poder hallaron, además de los bienes de ESCOBAR NARANJO, cuatro (4) celulares. Dos de ellos tenían reporte de hurto conforme a los siguientes hechos (f. 70).

Uno: Celular reportado como hurtado el día 1° agosto 2019, ese mismo día de la captura, a eso de las 2:117p.m., donde es víctima el señor HUMBERTO LOPEZ.

Dos: Celular hurtado el 1° agosto 2019, el mismo día de la captura, a eso de la una de la tarde (1:00 p.m.) en el municipio de Envigado, al joven CALET SANCHEZ ORTIZ, sobrino del propietario, señor HOBIBYS OSWALDO ORTIZ MORENO.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 AUDIENCIAS PRELIMINARES. ACEPTACIÓN POR LOS DELITOS DE HURTO

El 2 de agosto de 2019, se agotaron ante el Juzgado Octavo Penal Municipal de Medellín con funciones de control de garantías, las audiencias de legalización de captura; incautación con fines de comiso de la motocicleta; formulación de imputación por los **delitos de Hurto calificado tentado y receptación**; e imposición de medida de aseguramiento.

El procesado **aceptó los cargos por el delito de tentativa de Hurto**. No así los cargos por el punible de Receptación (verbo rector poseer).

3.2 ACTUACIÓN ANTE JUEZ DE CONOCIMIENTO. LA NEGOCIACIÓN POR EL DELITO DE RECEPTACIÓN

Como el indiciado sólo aceptó los cargos del punible contra el patrimonio económico, el primero (1°) octubre de 2019, el delegado de la Fiscalía presentó el escrito que contiene la acusación, por el delito contra la administración de justicia (Receptación). Por reparto, la carpeta se asignó al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín.

El 22 de octubre 2019, fecha dispuesta por el Despacho para adelantar audiencia de formulación oral de la acusación, la defensa del procesado solicitó aplazamiento de la diligencia pues el justiciable pretendía celebrar un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación y era necesario ubicar a las víctimas para indemnizarlas.

El 8 de noviembre de 2019, la Fiscalía General de la Nación sometió a validación del juez conocimiento, el preacuerdo que celebró con del imputado, consistente en que este **se declara culpable del concurso homogéneo de 2 receptaciones, a título autor** (Art. 447 CP), y se acordó degradar la participación de autor a

cómplice, tomando como base el hecho en el cual se dio la reparación, que serían 24 meses, aumentada en otro tanto más, consistente en 04 meses (f. 75), quedando la sanción de 28 meses de prisión y **multa de 3,33 smlmv** (f. 75), sin derecho a subrogados penales y ningún otro beneficio por expresa prohibición del artículo 68-A del Código Penal (f. 76).

El juez improbió el preacuerdo por desconocimiento del principio de legalidad y debido proceso. La decisión no fue apelada por las partes.

El 18 diciembre 2019, las partes sometieron a aprobación del juez de conocimiento, el mismo preacuerdo que expusieron en la audiencia del 8 de noviembre de 2019. El justiciable acepta la responsabilidad en la comisión del concurso homogéneo de dos receptaciones y se le condene como cómplice a la pena de **28 meses de prisión y multa de 3.3 smlmv, sin subrogados penales.**

3.3 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Al resolver la legalidad del preacuerdo, el funcionario destacó que según la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, el control que el juez de conocimiento efectúa al preacuerdo **es formal y material**, pues el preacuerdo es el soporte procesal de la decisión que define la situación jurídica del justiciable. Esa facultad lo habilita para verificar el cumplimiento y respeto de la legalidad de la actuación y las garantías tanto del justiciable como de las víctimas.

En este orden de ideas, el juez destacó que la imputación por el punible de Receptación según el artículo 447 del C.P, atendiendo que el procesado fue capturado en poder de varios celulares reportados como hurtados cuando ejecutaba un atentado contra el patrimonio económico, es poco sostenible, porque: *i)* los dispositivos que tenía en su poder fueron hurtados el mismo día; *ii)* el intervalo de tiempo entre la aprehensión y el hurto de los celulares, es muy corto; *iii)* el *modus operandi*, de todos los hechos de apoderamiento de los celulares es el mismo; *iv)* el procesado, más que un receptor **bien puede ser el autor del delito contra el patrimonio económico** en relación con todos los teléfonos móviles que le incautaron.

Esta es la razón por la cual, recordó el juez, negó la aprobación del preacuerdo y por la que exhortó al Fiscal adelantar actos investigativos para descartar si el justiciable participó en los hechos de apoderamiento de los celulares. Aunque el delegado de la Fiscalía expidió las correspondientes órdenes a la policía judicial, no es aceptable el resultado negativo de la misión porque en la ciudad de Medellín no existe la logística ni las condiciones para un reconocimiento en fila personas que garantice la seguridad del reconocedor.

Si la Fiscalía relata los hechos jurídicamente relevantes con su respectiva calificación legal, pero de los elementos materiales probatorios es viable cuestionar la denominación jurídica, es necesario adelantar otros actos de investigación para superar la insolvencia legal.

Si en el caso no fue posible el reconocimiento en fila de personas por ausencia de medio logísticos para el efecto, hay que agotar otras alternativas investigativas como el reconocimiento fotográfico e incluso el retrato hablado. Lo determinante es el esclarecimiento de los hechos.

3.4 DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA FISCALÍA

El señor Fiscal 172 Seccional, doctor JAIRO TASCÓN GALLEGO, recurrió la decisión que improbió el preacuerdo. En uso de la palabra destacó que agotó el procedimiento de reconocimiento fotográfico, pero los afectados manifestaron que no desean continuar con la investigación ni asistir a las diligencias y frente a esa dificultad, la Fiscalía no puede endilgar al procesado la comisión del delito de Hurto calificado.

Cuando la víctima de un hurto recupera el bien y es indemnizada, se desatiende del proceso y la Fiscalía no tiene la forma para obligarlos para que comparezcan.

Como funcionario, anotó el Fiscal, obró con suma diligencia, **incluso ha cubierto algunos actos con su propio peculio**, para establecer como corresponde, los hechos jurídicamente relevantes.

Aunque el reconocimiento sea necesario, pero las víctimas no quieren colaborar y la Fiscalía no tiene facultades para obligarlos a comparecer, **le queda imposible demostrar la responsabilidad penal del imputado en el delito de hurto**. Amén de que el preacuerdo por el delito de Receptación, tiene soporte en el hecho acreditado de que al sujeto agente le hallaron dos celulares con reporte de hurto.

3.5 SUSTENTACIÓN DE LA DEFENSA

Expresó la abogada defensora, doctora ROSSEMARY SUAREZ GARCIA, que la Fiscalía General de la Nación tiene la competencia para presentar los preacuerdos según la situación fáctica dentro de un proceso. No hay elementos suficientes para endilgar al justiciable un delito más grave como es el hurto.

Si al procesado le hallaron unos teléfonos con reporte de hurto, incurre en el delito de receptación y por este es que se celebró el preacuerdo.

No se observa una razón para insistir en la necesidad de descartar la participación del procesado en la comisión del hurto de los celulares que le incautaron, cuando las víctimas no quieren colaborar en la investigación.

3.6 MINISTERIO PÚBLICO COMO NO RECURRENTE

Como primera observación, el Procurador 114 Judicial II Penal, doctor LUIS GONZAGA VELEZ GALLEGO, anotó que no está claro si la Fiscalía General de la Nación tenía la facultad de presentar un preacuerdo en las mismas condiciones en que presentó uno que había sido negado por el juez de conocimiento.

De igual forma, no hay claridad si el delegado está legitimado para recurrir una decisión adversa cuando materialmente esa decisión tiene el mismo soporte de una providencia resuelta con anterioridad de manera negativa. Es decir, no hay claridad si la Fiscalía estaba legitimada para *“revivir”* asuntos resueltos.

Para el Ministerio Público la respuesta a los anteriores interrogantes es negativa pues desde la presentación del primer preacuerdo, 22 de octubre a la fecha, no ha cambiado nada. No hay elementos materiales probatorios para concluir más allá de toda duda como lo ordena la ley, que el justiciable es autor del delito de

Receptación y no de otro. Si esto no está claro, por virtud del principio de legalidad, el juez no podría avalar la terminación anticipada de la causa.

De otra parte, resaltó el Procurador, la Sala Penal debe revisar si el delegado de la Fiscalía General de la Nación cumplió con la carga de sustentar adecuadamente el recurso de apelación. A juicio del Ministerio Público no se cumplió esa carga, pues no demostró en que se equivocó el juez al improbar el preacuerdo. El derecho a la doble instancia está limitado por el principio de autonomía judicial y por ello el impugnante debe plantear una tesis diversa a la del operador judicial para que la segunda instancia pueda optar por una o por la otra.

Igual observación le cabe a la apelación de la abogada defensora, pues no atacó con suficiencia la decisión de la instancia. En su discurso se limitó a reproducir el argumento del delegado de la Fiscalía.

A juicio del Ministerio Público, ninguna de las partes planteó una tesis que confronte a la del juez y le permita al Tribunal estudiar la una como la otra, por ello, **explícitamente se pide declarar desierto el recurso.**

Ahora, si el *ad quem* considera que sí hubo sustentación adecuada del recurso, el no recurrente deprecó confirmar la decisión. Para el efecto anotó que los preacuerdos no son licencia para cualquier cosa. En la Nación se utilizan los preacuerdos para desprestigiar la administración de justicia; para dejar de investigar; para feriar la administración de justicia.

Con la decisión en la sentencia SU-479 de 2019, la Corte Constitucional le puso límite a la vergüenza en que se convirtieron los preacuerdos que celebran los Fiscales.

En el asunto, lo que se observa es una pereza investigativa porque si una persona es capturada con dos teléfonos celulares recién hurtados, en el momento en que ejecutaba otro hurto y en todos los hechos existe una similitud en el modo de actuar del sujeto agente, al delegado de la Fiscalía le corresponde establecer bien estos hechos. La justicia no es dejar de investigar sino develar la verdad. Y solo a partir de ello acudir al juez de conocimiento para que se adopte la decisión que corresponda.

La administración de justicia no puede acolitar la resolución fácil del asunto por la vía del preacuerdo. Con vehemencia, dijo el delegado del Ministerio Público, se solicita poner "coto" a la feria de la justicia que, con el argumento del principio de autonomía e independencia de los funcionarios en el sistema acusatorio, se avalan preacuerdos que lesionan el derecho de las víctimas a obtener verdad y justicia.

La Fiscalía General de la Nación no puede renunciar a la obligación constitucional de investigar. Es inaceptable que la policía judicial omita sus funciones y deje de investigar arguyendo que en la ciudad no existe un sitio para llevar a cabo una diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Lo más fácil es decir que todo el que tiene un elemento hurtado es un receptor. Pero con ello se olvida que el compromiso constitucional no radica en lo sencillo sino en lo verdadero.

Se peticiona a los magistrados que acojan la reciente sentencia de la Corte Constitucional SU-479 de 2019 según la cual la Fiscalía no puede negociar de cualquier manera y que el juez es un garante de la verdad y la justicia.

La persona que comete el delito de hurto no puede ser condenado por el delito de receptación. La Fiscalía tiene que investigar y descartar que el acusado no tomó parte de la conducta punible. En el asunto, lo que indica la evidencia es que sí participó en los hurtos del municipio de Envigado

Un preacuerdo no es el mecanismo para dejar de establecer con rigor los hechos jurídicamente relevantes en detrimento de los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación.

4. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resolverá las inquietudes de las partes e interviniente.

5. DE LA PRESENTACIÓN DE UN MISMO PREACUERDO

En el traslado a los no recurrentes, el delegado del Ministerio Público cuestionó la legalidad de la postulación del fiscal para exponer ante el juez de conocimiento y por segunda ocasión, un preacuerdo que ya había sido objeto de improbación por el mismo funcionario.

En el sistema procesal de tendencia acusatoria, no existe límite numérico de los preacuerdos que el delegado de la Fiscalía pueda celebrar con el procesado y presentar al juez de conocimiento para su decisión.

Ningún reparo merece que las partes hubieran sometido a validación del juez dos preacuerdos en diferentes fechas: 8 de noviembre y 18 de diciembre de 2019, no obstante la similitud de su contenido. La decisión que al respecto adopte el juez luego de estudiar las condiciones en que se pacta la terminación anticipada de la causa, no tiene carácter de cosa juzgada pues no es sentencia ni providencia asimilable a ella¹.

Lo inusual del asunto, la persistencia en un preacuerdo previamente negado no deja de ser eso, una actuación atípica en el giro ordinario de la actuación procesal, pero no por ello impertinente o ilegal, al punto que deba ser objeto de rechazo por el funcionario ante quien se presenta.

Así como en la reposición, cuando el juez reconsidera su tesis y adopta una decisión contraria a la primigenia, en los preacuerdos bien puede valorar de manera diferente los hechos, la norma o la evidencia para en una segunda

¹ **Artículo 21.** Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia.

Artículo 334. Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

ocasión otorgarles un alcance diverso y avalar la terminación anticipada del proceso que antes había negado.

6. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA

Otra de las observaciones del Procurador Judicial en calidad de sujeto no recurrente, es el incumplimiento de la carga argumentativa de los apelantes respecto de la decisión que improbo el preacuerdo. A juicio del delegado del Ministerio Público, el fiscal ni la defensa presentaron argumentos para controvertir las razones expuestas por el juez cuando adoptó la decisión, pues limitaron su trabajo a repetir los planteamientos originales cuando postularon el preacuerdo.

Quien recurre una decisión judicial tiene la carga de revelar el apartado de la providencia que desconoce el supuesto fáctico, la prueba, la ley o el criterio jurisprudencial que sirvió de sustento al operador judicial, como requisito indispensable para que el superior pueda conocer de fondo el recurso de apelación e indicar a quien le asiste la razón.

El órgano de cierre de la jurisdicción penal, aclaró²:

“(...) la fundamentación de la apelación constituye un acto trascendente en la composición del procedimiento o rito procesal, por lo que no es suficiente que el recurrente exprese su inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, **presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada**³.

De no ser acatada esa carga de fundamentación por parte del recurrente, se impone al juez declarar desierto el recurso, sin que se pueda abrir a trámite la segunda instancia, toda vez que frente a una fundamentación deficiente al funcionario no le es posible conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio⁴.

En relación con la referida carga, bien vale aclarar que no se trata de la presentación de extensos discursos y farragosas citas para predicar que la parte cumplió con acierto la sustentación de la alzada. Unas cuantas líneas o discurso sucinto son suficientes para atacar los fundamentos de la decisión.

En el *sub examine*, el *a quo* improbo el preacuerdo argumentando equivocación en la calificación jurídica por ausencia de una investigación rigurosa que determine con claridad los hechos.

Ahora, cuando las partes, Fiscal y defensa sustentaron la alzada, expusieron que la calificación jurídica del supuesto fáctico se corresponde con los elementos materiales probatorios recopilados hasta el momento, y aunque agotaron el acto de investigación sugerido por el juez, no fue posible superar la duda de la nominación legal en virtud de la cual el juez improbo el preacuerdo.

² CSJ SP 709-2019, rad. 49.430, de 6 marzo 2019.

³ CSJ SP, 11 abril. 2007, rad. 23.667.

⁴ CSJ SP, 11 abril. 2007, rad. 23.667.

Como se ve, tanto la decisión como su cuestionamiento, gravitan alrededor de un mismo tópico: la calificación jurídica de los hechos y su relación o soporte con la evidencia recolectada por la Fiscalía. Por ello y al margen de la validez de la una o de la otra, la conexión material de los argumentos permite concluir que los recurrentes sí atacaron la decisión de primer grado.

7. ENTRE EL HURTO Y LA RECEPCIÓN

En este asunto, los hechos no se discuten, los cuales son así:

Uno: A las 12:30 p.m. de ese primero (1°) de agosto 2019 cuando el joven CALEB SÁNCHEZ ORTIZ se desplazaba con una amiga en dirección a la Estación del Metro de Envigado, un sujeto que se movilizaba en una motocicleta lo abordó y le pidió su teléfono celular porque necesitaba verificar las últimas llamadas ya que él se parecía a la persona que había robado a la "hija de su patrón". Luego de interactuar con la víctima y hacerle creer que lleva consigo un arma de fuego, el sujeto abandonó la escena llevado consigo el celular Samsung -IMEI 357973100721171.

Dos: Aproximadamente a las 2:30 p.m., cuando el adolescente JJLR caminaba en dirección al parque de Envigado, fue abordado por un sujeto que se movilizaba en una motocicleta y le dijo que él tenía la camiseta del mismo color de la que usaba la persona que minutos antes había hurtado una cadena a una dama en ese sector. Luego de interactuar con la víctima, el sujeto le solicitó el celular Samsung -IMEI 354270090870446 y huyó del lugar.

Ninguna de las víctimas logra reconocer al autor del hecho.

Pero los celulares se le incautan al ciudadano KEVIN RENÉ VEGA BUITRAGO ese mismo día 1 agosto 2019.

Se discute en la adecuación típica de dicho comportamiento. Hurto para el juez de conocimiento. Receptación para el Fiscal investigador.

Las normas en discusión, imponen lo siguiente:

HURTO	RECEPCIÓN
<p>Artículo 239. Hurto. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1° de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.</p> <p>La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>Artículo 447. Receptación. <Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena</p>

	<p>mayor.</p> <p>Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis (6) a trece (13) años de prisión y multa de siete (7) a setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.</p> <p><Inciso adicionado por el artículo 13 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados: aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad.</p>
--	---

El punto medular es "*El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible*". El delito de receptación es de ejecución permanente⁵.

Para el fiscal, no es posible establecer que el implicado tuvo parte en el delito de hurto.

Para el señor Juez, es posible salir de ese estado de incertidumbre a través de más prueba.

Como se ve, la calificación jurídica del hecho por parte del fiscal **no es irracional, no es un absurdo**; al contrario, es absolutamente lógica y plausible.

⁵ CSJ AP, 9 junio 2008, rad. 29.586.

Previamente al acto de subsunción de un supuesto fáctico en uno normativo, el discernimiento del contenido teórico del precepto positivo es condición insoslayable para garantizar su aplicación acertada e igualitaria, finalidad para la que debe buscar respaldo el funcionario (fiscal o juez) en los diversos medios dogmáticos, científicos y político criminales admitidos, en aras de desentrañar o fijar su real alcance, esto es, su auténtico o verdadero sentido al momento de activarlo⁶.

Ello es así porque mientras que la ley se interpreta, los hechos, en cambio, se valoran, de donde surge la necesidad de, primero, establecer el alcance hermenéutico de la hipótesis legal, para luego si juzgar si una determinada o concreta conducta humana colma o satisface la descripción típica con sujeción a su actual, exacto e inequívoco sentido, en acatamiento, precisamente, de la garantía y principio rector de estricta legalidad⁷.

8. FRENTE A VALORACIONES RAZONABLES DE LA FISCALÍA NO SE PUEDE IMPONER LA PERSPECTIVA DEL JUEZ

Desde antaño se ha dicho que si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, **por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente**, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación —en lugar de la autoría que piensa el juez—, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo, etc.⁸

La trasgresión de derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, **una simple opinión contraria, una valoración distinta** que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial, por el prurito de que el Juez razona diferente y mejor⁹.

En el proceso adversarial, por regla general el juez de conocimiento no puede controlar materialmente la acusación del fiscal, *“pero excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”*, y este no es el caso¹⁰.

9. POSTURAS SOBRE EL CONTROL MATERIAL DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN Y DEL ACTA DE PREACUERDO QUE HACE SUS VECES

El control de la acusación se ha movido entre dos posturas extremas y una ecléctica o intermedia, así:

⁶ CSJ SP 2288-2019, rad. 45.272 de 26 junio 2019.

⁷ CSJ SP 2288-2019, rad. 45.272 de 26 junio 2019.

⁸ CSJ SP rad. 10.918 de 04-02-1999; CSJ STP rad. 59.043 de 06-03-12.

⁹ CSJ SP rad. 39.892 de 06-02-13

¹⁰ CSJ, SP 9853-2014, 16 julio 2014, rad. 40.871.

Uno: La que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos. Se fundamenta esta tesis en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio.

Dos: La que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso. Esta tesis se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004: *“en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”*.

Tres: La que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales¹¹ **y cuando la adecuación típica de la acusación fracture, infrinja o violente el principio de legalidad de los delitos y de las penas**. Esta tesis se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad C-1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura es la que acoge la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la actualidad.

CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN		
NO HAY NINGÚN CONTROL JUDICIAL	TESIS INTERMEDIA O ECLÉCTICA	SIEMPRE HAY CONTROL JUDICIAL
<p>No hay posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos.</p> <p>CSJ AP, 15 julio 2008, rad. 29.994; CSJ SP, 21 marzo 2012, rad. 38.256; CSJ SP, 19 junio 2013, rad. 37.951; CSJ AP, 14 agosto 2013, rad. 41.375; CSJ AP, 16 octubre de 2013, rad. 39.886.</p>	<p>Hay un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales y cuando la adecuación típica de la acusación fracture, infrinja o violente el principio de legalidad de los delitos y de las penas.</p> <p>CSJ SP, 6 febrero 2013, rad. 39.892; CSJ SP9853-2014, de 16 julio 2014, rad. 40.871; CSJ AP6049-2014 de 1° octubre 2014, rad. 42.452; CSJ, SP13939-2014, de 15 octubre 2014, rad. 42.184; CSJ</p>	<p>Hay un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso.</p> <p>CSJ SP, 12 septiembre 2007, rad. 27.759; CSJ SP, 8 julio 2009, rad. 31.280.</p>

¹¹ CSJ SP 14191-2016, rad. 45.594 de 5 octubre 2016.

	SP14842-2015 de 28 octubre 2015, rad. 43.436; CSJ SP 14191-2016, rad. 45.594 de 5 octubre 2016; CSJ SP 9343-2017, rad. 48.875 de 28 junio 2017; CSJ SP 8666-2017, rad. 47.630 de 14 junio 2017; CSJ SP 16731-2017, rad. 45.964 de 27 septiembre 2017; CSJ SP 3723-2018, rad. 51.551 de 5 septiembre 2018; CSJ SP 072-2019, rad. 50.419 de 23 enero 2019.	
--	--	--

10. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES EN EL CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN (TESIS INTERMEDIA). NO HAY UN CONTROL MATERIAL AL JUICIO DE ACUSACIÓN

En CSJ AP, 16 octubre 2013, rad. 39.886 y CSJ SP 3723-2018, rad. 51.551 de 5 septiembre 2018, consideró la Sala que el control material es incompatible con el papel imparcial que corresponde al juez en el modelo acusatorio. *"Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras¹², estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca"*.

Los jueces no pueden instruir a la fiscalía sobre la forma en que debe presentar la acusación en un caso concreto, como si fuese su superior funcional; **ni puede el juez realizar el ejercicio de adecuación típica como si se tratara de la sentencia condenatoria**, pues se vulnera la garantía de imparcialidad de que son titulares las partes¹³.

Precisamente por el orden que estableció el legislador para el desarrollo de la audiencia de acusación es que el juez no se puede inmiscuir en el control material del escrito de acusación¹⁴.

En el esquema acusatorio, los jueces no tienen teoría del caso¹⁵, razón por la cual no pueden decretar pruebas de oficio según el Art. 361 CPP, declarado exequible

¹² Artículo 5. *"Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia"*.

Artículo 10. *"Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial... El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales... El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes"*.

¹³ CSJ SP9853-2014, rad. 40.871 de 16 julio 2014.

¹⁴ CSJ AP, 14 agosto 2013, rad. 41.375; CSJ AP6049-2014, rad. 42.452 de 1° de octubre 2014.

por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-396 de 23 mayo 2007; aunque la prohibición se aplica exclusivamente para el juez de conocimiento y no para el juez de control de garantías quien puede decretar pruebas de oficio orientadas a la protección de Derechos Fundamentales.

Debido a la labor imparcial e imparcial de los jueces es que se deben abstener de completar o complementar la labor de alguna de las partes o de algún interviniente procesal.

La función del juez es adoptar la decisión que ponga fin a la actuación a través de la sentencia, *“ya que este es el momento procesal, —no antes— en el que ha de estar sometida a control la acusación de la Fiscalía, ya sea acogéndola, desechándola o, según lo ha precisado la jurisprudencia, morigerándola sin desbordar el marco fáctico de los hechos investigados. Igualmente, al interpretar las normas, el operador jurídico penal ha de propender, se insiste, por un ejercicio hermenéutico sopesado al tamiz de la sistemática del modelo acusatorio”*¹⁶.

Así entonces, como el actual proceso penal es adversarial, la regla general es que el juez de conocimiento no puede controlar materialmente la acusación del fiscal, salvo situaciones excepcionales debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes¹⁷.

La Corte reafirmó su postura en el sentido que la acusación no tiene control material por parte del juez en CSJ AP, 21 marzo 2012, rad. 38.256, al señalar que: *“En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994)”*.

No existe control material sobre la imputación y la acusación, mientras que el examen sobre el acierto de la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, se ejerce exclusivamente cuando se advierta evidente vulneración de derechos fundamentales¹⁸.

La Corte fijó como regla que la calificación jurídica acogida por el ente acusador no puede ser cuestionada¹⁹.

La **regla general** entonces es que la adecuación típica que haga la fiscalía de los hechos investigados es de su fuero y, en términos generales, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes²⁰, esto es, el juez de conocimiento no puede ejercer control material de la acusación.

¹⁵ CSJ SP 9853-2014, rad. 40.871 de 16 julio 2014; CSJ SP 8666-2017, rad. 47.630 de 14 junio 2017.

¹⁶ CSJ AP, 14 agosto 2013, rad. 41.375; CSJ AP6049-2014, rad. 42.452 de 1° de octubre 2014.

¹⁷ CSJ SP, 6 febrero 2013, rad. 39.892; CSJ SP9853-2014, rad. 40.871 de 16 julio 2014; CSJ AP6049-2014, rad. 42.452 de 1° octubre 2014; CSJ SP, 11 diciembre 2018, rad. 52.311; CSJ SP 072-2019, rad. 50.419 de 23 enero 2019; CSJ SP 594-2019, rad. 51.596 de 27 febrero 2019.

¹⁸ CSJ SP, 5 octubre 2016, rad.45.594; CSJ SP 5660-2018, 11 diciembre 2018, rad. 52.311; CSJ SP 384-2019, rad. 49.386 de 13 febrero 2019; CSJ SP 594-2019, rad. 51.596 de 27 febrero 2019.

¹⁹ CSJ SP, 6 febrero 2013, rad. 39.892.

²⁰ CSJ SP, 20 noviembre 2013, rad. 41.570; CSJ SP13939-2014, rad. 41.284 de 15 octubre 2014; CSJ STP 5498-2018, rad. 98.071 de 26 abril 2018.

Esta línea se ha mantenido constante, entre otras, en las siguientes providencias: CSJ SP, 6 febrero 2013, rad. 39.892; CSJ SP, 20 noviembre 2013, rad. 41.370; CSJ SP13939-2014, rad. 41.284 de 15 octubre 2014; CSJ STP, 24 septiembre 2013, rad. 69.478; CSJ STP, 13 noviembre 2013, rad. 70.392; CSJ STP, 4 diciembre 2013, rad. 70.712; CSJ STP, 27 febrero 2014, rad. 72.092; CSJ STP17226-2014, de 16 diciembre 2014, rad. 76.549; CSJ STP934-2015, de 2 febrero 2015, rad. 77.673; CSJ STP4470-2015, de 16 abril 2015, rad. 79.041; CSJ STP2327-2016, rad. 84.228 de 25 febrero 2016; CSJ STP3081-2016, rad. 84.761 de 10 marzo 2016; CSJ STP3998-2016, 31 marzo 2016, rad. 84.886; CSJ STP4698-2016, rad. 85.074 de 13 abril 2016; en las sentencias de tutela se concedió la protección al derecho fundamental al debido proceso, al constatarse la injerencia del juez en las funciones propias del fiscal del caso; CSJ SP 8666-2017, rad. 47.630 de 14 junio 2017; CSJ SP 9379-2017, rad. 45.495 de 23 junio 2017; CSJ STP 5498-2018, rad. 98.071 de 26 abril 2018.

Es decir, que radicado el escrito de acusación o el acto en la que se consigne el allanamiento a cargos o el preacuerdo, la actuación del funcionario judicial se limita a hacer un control formal, quedándole vedado hacer consideraciones de orden sustancial, entre las que obviamente se incluye el proceso de adecuación típica²¹.

Es violatorio del debido proceso la interferencia del juez para ejercer control material de la acusación o su equivalente²².

Pero esta regla general admite **excepciones**, así:

Uno: Cuando surja manifiesta la lesión de derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes²³, pero debe ser, se insiste, patente, evidente, notoria.

El Juez de conocimiento puede intervenir en la acusación para evitar violaciones a las garantías fundamentales, es decir, una intervención para dar cumplimiento a la función protectora de derechos fundamentales que le ha sido asignada por la Constitución y la Ley.

El juez debe intervenir excepcionalmente frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes²⁴.

El juez puede y debe evitar acusaciones absurdas²⁵.

Dos: Cuando la adecuación típica de la acusación fracture, infrinja o violente el principio de legalidad de los delitos y de las penas²⁶, en cuyo caso el juez se encuentra habilitado para intervenir a efectos de su corrección.

El Juez debe garantizar la legalidad de los delitos y de las penas por los que se acusa²⁷.

²¹ CSJ SP 9343-2017, rad. 48.875 de 28 junio 2017; CSJ SP 18534-2017, rad. 49.209 de 8 noviembre 2017.

²² CSJ STP, 9 febrero 2017, rad. 1.583; CSJ SP 9343-2017, rad. 48.875 de 28 junio 2017.

²³ CSJ AP, 16 mayo 2007, rad. 27.218; CSJ SP 18534-2017, rad. 49.209 de 8 noviembre 2017.

²⁴ CSJ SP9853-2014, rad. 40.871 de 16 julio 2014.

²⁵ CSJ SP1392-2015, rad. 39.894 de 11 febrero 2015.

²⁶ CSJ SP, 15 julio 2008, rad. 28.872; CSJ SP, 8 julio 2009, rad. 31.280.

²⁷ Cfr. CSJ AP. de 1º de octubre 2014, rad. 42.452.

La simple discrepancia de criterios entre juez de conocimiento y fiscal del caso no puede ser motivo para que por esta vía se ejerza control material de la acusación.

CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN	
REGLA GENERAL: No hay control material de la acusación	
EXCEPCIONES	
Quando surja manifiesta la lesión de derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes.	Quando la adecuación típica de la acusación fracture, infrinja o violente el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Para la Corte, una posibilidad de violación de garantías fundamentales con repercusiones sustanciales que impediría al juez dictar sentencia condenatoria, al margen de la aceptación de responsabilidad preacordada con base en la calificación jurídica fijada por la Fiscalía, corresponde a la comprobación de **situaciones objetivas** que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del acuerdo de culpabilidad se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9º inc. 1º C.P.).

Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material, eventualidades conculcadoras del debido proceso en su componente de legalidad²⁸, por imposibilidad de adecuar los hechos a un tipo de injusto²⁹.

INTERVENCIÓN OBJETIVA O ADJETIVA EXCEPCIONAL. NO INTERVENCIÓN SUSTANTIVA DEL JUEZ	
Vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad -control que recae sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad (art. 131 C.P.P.)- y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes	
SI PUEDE INTERVENIR	
Quando la conducta atribuida al procesado deviene atípica (que sea incuestionable).	Quando la conducta carece de antijuridicidad en sentido material (que sea incuestionable).
La solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa <i>ius fundamental</i> no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.	
CSJ AP, 7 mayo 2014, rad. 43.523; CSJ SP 8666-2017, rad. 47.630 de 14 junio 2017; CSJ SP 9379-2017, rad. 45.495 de 23 junio 2017.	

La Sala de Casación Penal de manera repetida ha precisado la carencia de competencia del juez para delinear los límites de la acusación y, en general para ejercer algún control material en relación con la tipicidad de la conducta, tanto en lo jurídico propiamente dicho como en lo probatorio, como quiera que en atención de la estricta separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como

²⁸ Por ejemplo, CSJ SP 8 julio 2009, rad. 31.531; CSJ SP 14 agosto 2012, rad. 39.160.

²⁹ CSJ SP 8666-2017, rad. 47.630 de 14 junio 2017; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

de la garantía de imparcialidad judicial, la titularidad de la acción penal la ostenta la Fiscalía³⁰.

11. SOBRE LOS ACUERDOS O NEGOCIACIONES ENTRE FISCALÍA E IMPUTADO O ACUSADO

La ley 906 de 2004 dispone que la Fiscalía y el imputado o acusado, con miras a alcanzar los elevados fines previstos en ella, pueden "*llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso*" (artículo 348 CPP).

En ese orden de ideas, ambas partes podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el cual el procesado se declarará culpable del delito endilgado, o de uno relacionado sancionado con pena menor, a cambio de que el Fiscal: i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, ii) tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (Art. 350 CPP)

Adicionalmente, según los incisos 2º y 4º del art. 351 del CPP, también podrán el ente investigador y el sindicado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, **lo que obliga al juez de conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebrantes las garantías fundamentales**³¹.

Precisando los alcances que pueden tener los preacuerdos se ha dicho:

"Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado"³²

La justicia premial necesariamente debe otorgar algún margen de maniobra al fiscal para que pueda adelantar su tarea de forma efectiva. En el entendido, además, que en estos casos se trata de una forma de composición del conflicto en la cual el juez interviene apenas *de manera adjetiva*, para vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad -control que recae sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad (art. 131 C.P.P.)- y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes (CSJ AP 7 mayo 2014, rad. 43.523).

En efecto, a la luz del art. 348 inc. 1º del C.P.P., la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación anticipada del

³⁰ CSJ AP, 21 marzo 2012, rad. 38.256; CSJ SP, 6 febrero 2013, rad. 39.892; CSJ SP-9853-2014, 16 julio 2014, rad. 40.871; CSJ AP-4219-2016, 29 junio 2016, rad. 45.819; CSJ SP 1855-2018, rad. 45.520 de 23 mayo 2018.

³¹ CSJ STP 8478-2015, rad 80.469 de 2 de julio de 2015.

³² CSJ SP rad 41.570; CSJ SP 13939-20147, 15 de octubre de 2014, rad. 42.184.

proceso. Ello, con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. Las reglas específicas sobre el trámite a seguir en eventos de preacuerdos y *negociaciones* se hallan consagradas, en lo fundamental, en los arts. 349 al 354 ídem.

En consonancia con tales máximas, tanto la activación como el *impulso* de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen *exclusivamente* a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento (arts. 250-4 Const. Pol., 336 del C.P.P. y 339 inc. 2º ídem). El acto de acusación ha de comprenderse como un ejercicio de imputación fáctica y *jurídica*, donde el Estado fija los contornos de la *pretensión punitiva* y delimita los referentes de hecho y *de derecho* en torno a los cuales se adelantará la discusión sobre la responsabilidad penal del procesado.

La intención del legislador con los preacuerdos, cualquiera sea su especie o modalidad, fue la de otorgar una rebaja de pena como beneficio por aceptación de responsabilidad o culpabilidad en el delito cometido. Desde luego, todo ello ha de ceñirse a la comprensión acusatoria y adversarial del proceso.

En consonancia con tales máximas, tanto la activación como el *impulso* de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen *exclusivamente* a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento (arts. 250-4 Const. Pol., 336 del C.P.P. y 339 inc. 2º ídem).

12. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SU-479 DE 15 OCTUBRE DE 2019

Mediante sentencia C-479 de 15 de octubre de 2019, la Corte Constitucional estudió los siguientes casos:

Uno: Porte ilegal de armas de fuego, en concurso heterogéneo con disparo de arma de fuego contra vehículo (art. 356 C.P.) donde, en la audiencia preparatoria, la Fiscalía manifestó que celebró un preacuerdo con el acusado, en el cual aceptó su responsabilidad en los hechos objeto de acusación, a cambio de que se reconociera a su favor **la circunstancia de marginalidad contemplada en el artículo 56 del C.P.**, con lo que la pena se tasó en 18 meses de prisión. Así mismo, debido al concurso de conductas punibles, la sanción se incrementó en 12 meses más, para un total de 30 meses de privación de la libertad.

El acuerdo fue improbadado en las instancias al *“considerar que en el expediente no se encontró ningún medio probatorio ni sustento fáctico que permitiera enmarcar la situación del señor ÁB dentro de una de las hipótesis del artículo 56 del Código Penal, en especial la de marginalidad y pobreza”*.

Mediante sentencia del 28 de junio de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia amparó el derecho fundamental al debido proceso de JEAB y, en consecuencia, ordenó lo siguiente: (i) dejar sin efectos el auto interlocutorio proferido el 20 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, y (ii) ordenar a esta autoridad judicial que evalúe el control de legalidad del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía **de conformidad con la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia**, en la cual *“se ha privilegiado la*

naturaleza consensual y finalidades de los preacuerdos, sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de justicia de la víctima”.

Mediante sentencia del 27 de julio de 2018, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia del *a quo* en el proceso de tutela, con fundamento en que el Tribunal demandado desconoció la jurisprudencia al exigir una “**carga probatoria mínima**” para que la circunstancia de marginalidad pactada en el preacuerdo tuviera vocación de prosperidad. Lo anterior, en razón a que la negociación surgida entre la Fiscalía y el procesado únicamente admite el **control sustancial** cuando afecta garantías fundamentales de los intervinientes en la causa criminal.

Dos: Delito de acceso carnal con persona incapaz de resistir donde el 6 de diciembre de 2017, la Fiscalía Tercera, seccional CAIVAS de Fusagasugá y la defensa del procesado presentaron preacuerdo “en el que a cambio de la aceptación de cargos por el imputado (...) del delito de acceso carnal con incapaz de resistir, le fue reconocida la circunstancia de menor punibilidad de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema establecida en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004” y se pactó una sanción de tres años (36 meses) de prisión .

El acuerdo fue aprobado por ambas instancias.

Se interpuso acción de tutela y la Sala Penal de la Corte explico que por tratarse de un preacuerdo, no hay lugar al debate probatorio y, por ello, **no existe la obligación de demostrar la causal de atenuación punitiva:** “*esta sería una exigencia contraria a la lógica misma del instituto, en tanto, si de verdad apareciese plenamente probada la circunstancia que obliga aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en el preacuerdo como único beneficio, sino reconocerla al interior del espectro de la tipicidad propio de la acusación y el fallo*” . Adujo que, a partir de esta postura, la Corte Suprema ha constatado la injerencia indebida en las funciones propias del fiscal³³.

Para la Corte Constitucional, el acuerdo se debe improbar por las siguientes razones:

Las directrices del Fiscal General son vinculantes, deben ser respetadas y acatadas por los fiscales delegados y deben ser adoptadas con estricta sujeción a la Constitución, la ley y la jurisprudencia sobre preacuerdos. Por esta razón, ante cualquier modificación legal o jurisprudencial, la directiva correspondiente deberá ajustarse a los cambios que surjan en el ordenamiento³⁴.

Recientemente, el ente acusador profirió la Directiva 01 del 23 de julio de 2018 por medio de la cual adoptó lineamientos generales para imputar o preacordar las circunstancias de menor punibilidad del artículo 56 del Código Penal.

Esta directiva aclaró que el fiscal delegado deberá determinar con precisión cuál o cuáles de las tres circunstancias se configuran en el caso concreto (marginalidad, ignorancia o pobreza extrema) dado que “*se trata de tres supuestos jurídicos distintos que requieren diferentes ingredientes fácticos y probatorios para su estructuración*” por lo que no podrán invocarse estas circunstancias como un

³³ Radicado 41.570.

³⁴ Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 de 2015. Recuperada de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2015-DIR-0001-NATURALEZA-Y-ALCANCE-DIRECTIVAS-1.pdf>

género. Además, aclaró que dichos conceptos constituyen situaciones extremas y objetivas que afectan la capacidad del sujeto activo para comportarse conforme a derecho, debido a su incapacidad para satisfacer necesidades básicas o para comprender el alcance de la prohibición.

De igual manera, sostuvo que, para la celebración de preacuerdos, el fiscal delegado debe: (i) presentar argumentos fácticos y jurídicos que configuran la circunstancia, los cuales no se podrán limitar a la indicación de la ocupación, el grado de escolaridad o el domicilio y (ii) explicar cómo la circunstancia influyó en la ejecución de la conducta punible. De igual modo, (iii) indicar elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida en los que soporta la imputación de la circunstancia alegada. En suma, señala expresamente que *“en ningún caso se imputarán circunstancias de menor punibilidad que no estén debidamente acreditadas fáctica y jurídicamente”*.

Sobre las Reglas jurisprudenciales sobre el alcance y límites de las facultades de la Fiscalía General de la Nación para celebrar preacuerdos y del juez de conocimiento para ejercer su control, dijo la Corte Constitucional: una de las instituciones del sistema acusatorio colombiano que más dificultades ha presentado y que aún está en proceso de sistematización y de concreción jurisprudencial es la de los preacuerdos. Es por esto que los alcances de las facultades de los operadores judiciales que intervienen en la celebración y control de los preacuerdos no ha sido un asunto pacífico en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Que la legitimidad de la aplicación de estas circunstancias ***está ligada a que se aplique en casos en los que efectivamente las mismas sean comprobadas***, por lo que reconocerla a quien no la ha padecido resultaría materialmente injusto y desacreditaría el espíritu y los propósitos de la institución de los preacuerdos.

En respaldo de esta posición, la **Directiva 01 de 2018 de la FGN** fijó un estándar probatorio especial al que deben sujetarse los fiscales delegados que pretendan reconocer esta causal de atenuación. Señaló que, para la celebración de preacuerdos, el fiscal delegado debe: (i) presentar argumentos fácticos y jurídicos que configuran la circunstancia, los cuales no se podrán limitar a la indicación de la ocupación, el grado de escolaridad o el lugar de domicilio y (ii) explicar cómo la circunstancia influyó en la ejecución de la conducta punible. Además, (iii) indicar elementos materiales probatorios, es decir, evidencia física en la que soporta la imputación de la circunstancia de menor punibilidad alegada. Señala expresamente que *“en ningún caso se imputarán circunstancias de menor punibilidad que no estén debidamente acreditadas fáctica y jurídicamente”*.

Cuando se invoca la causal como atenuante punitiva en los casos de aceptación temprana de la responsabilidad y celebración de preacuerdo, la carga del Estado de acreditar la existencia de la causal se flexibiliza, lo que no quiere decir que no exista un deber del ente acusador de aportar un mínimo de evidencia de la circunstancia que alega. En esta etapa procesal, el aporte de elementos materiales probatorios no obedece a un aporte de “pruebas” en el sentido estricto y técnico del C.P.P., sino que hace referencia a cualquier evidencia que *prima facie* indique una relación de coherencia con la causal de atenuación punitiva que se pretende reconocer, la cual se tiene como evidencia suficiente para su reconocimiento.

Para el reconocimiento de las circunstancias del artículo 56 del C.P. al celebrarse preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel tampoco tiene plena libertad para

hacer la adecuación típica de la conducta, “*pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso*”³⁵. Por esta razón, puede concluir la Sala que **un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del C.P.), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005 (página 92).**

En conclusión, la posición asumida por algunas universidades en sus intervenciones³⁶ indica que, en virtud del derecho a la justicia y al derecho a la obtención de la verdad procesal que tienen las víctimas, (i) la tipificación preacordada no puede carecer de relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación, y (ii) el preacuerdo debe exponer de forma clara y coherente los hechos jurídicamente relevantes, **los cuales deben estar respaldados por los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado**, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan.

13. RAZONES POR LAS CUALES ESTA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SE APARTA DEL PROCEDENTE SU-479 DE 2019

Se expondrán seguidamente las razones por las cuales esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, se aparta expresamente del precedente contenido en la Sentencia SU-479 de 2019.

13.1 POSIBILIDAD DE APARTARSE DEL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como consecuencia de la obligatoriedad del precedente, la jurisprudencia constitucional estableció parámetros que permiten determinar si en un caso resulta aplicable.

La Sentencia T-292 de 2006³⁷ fijó los siguientes criterios: (i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) que esta regla resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y (iii) que los hechos sean equiparables a los resueltos anteriormente.

Cuando los funcionarios judiciales encuentren cumplidos los tres criterios mencionados, **tienen la posibilidad de apartarse del precedente**, siempre y cuando (i) lo identifiquen de manera expresa y (ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones por las que se apartan de la regla jurisprudencial previa. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces³⁸.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005.

³⁶ Intervención de la Universidad Externado de Colombia. Folio 470 del cuaderno 3 del expediente T-6.931.099.

³⁷ Reiterada en Sentencias T-794 de 2011, T-1033 de 2012, T-285 de 2013, entre otras.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011 y SU-479 de 2019.

Según se dijo en la misma Sentencia SU-479 de 2019, “De manera que sólo cuando un juez desconoce una regla jurisprudencial vinculante y plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga de transparencia y argumentación descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionada con el desconocimiento del precedente judicial y, en consecuencia, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia”.

13.2 EN LA NEGOCIACIÓN SE CONDENA POR EL HECHO REALMENTE COMETIDO

Es preocupación de la Corte Constitucional que en la negociación se cambia el núcleo fáctico del delito.

Tal cosa no sucede si, como en este caso, se ha de condenar por el hecho (*factum*) realmente cometido y por la denominación jurídica negociada, la cual se acoge apenas para fijar los extremos punitivos³⁹.

Las consecuencias de esta aserción, que no fueron analizadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 de 2019, son las siguientes:

SE IMPONE PENA POR EL DELITO O LOS DELITOS REALMENTE COMETIDOS, NO IMPORTA LA MODALIDAD DE NEGOCIACIÓN
CONSECUENCIAS
En los delitos donde se presenten los eventos del Art. 122 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo N° 01 de 2009, se debe imponer la sanción de inhabilidad intemporal o perpetua según el canon constitucional.
En los delitos donde se deba imponer pena accesoria por razón del delito, por ejemplo, en porte ilegal de armas y similares, se debe imponer la sanción accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (Art. 43-6 CP).
En los delitos de violencia, discriminación contra las mujeres y de violencia intrafamiliar, se deben imponer como sanciones accesorias las siguientes (Art. 43 CP y 51 inciso final): <p>“10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar”.</p> <p>“11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.</p> <p>“La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más” (Ley 1257 de 2008, Arts. 24 y 25).</p>
La indemnización para la víctima será la que corresponde por el delito realmente cometido y por el que además se condena, y no por el delito negociado.

³⁹ Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a las providencias CSJ SP 7100-2016, rad. 46.101 de 1° junio 2016 y CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, así como en conferencias sobre el tema de negociación. Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

Por ejemplo, cuando se pacta degradación con reconocimiento de la circunstancia de ira o intenso dolor, etc.
En general las penas accesorias del canon 43 del CPP se deben imponer, con la debida y adecuada motivación (Art. 59 CP).
Ejemplo, " <i>la pérdida del empleo o cargos público</i> " en casos de corrupción según el delito realmente cometido, etc.
Los delitos por degradación o readequación típica, etc. no se convierten en querellables, por tanto, no se podrá alegar falta de presentación de querrela y pretender por esta vía la declaración de caducidad a través de la preclusión o el archivo de la actuación, según el caso.
Los delitos por degradación o readequación típica, etc. no se pueden terminar por indemnización integral (Art. 42 Ley 600 de 2000), por ejemplo, peculado que pasa a abuso de confianza, homicidio doloso que pasa a tener la pena del homicidio culposo, etc.
El término de prescripción de la acción penal es para el delito realmente cometido y no del negociado, razón por la cual no hay lugar a extinción de la acción penal.
Cuando se presente degradación o readequación típica, etc. la acción penal no puede terminar por oblación si el delito realmente cometido no lo permite (Art. 87 CP).
La sustitución de la prisión domiciliaria tendrá en cuenta la pena del delito realmente cometido.
Para el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se tendrá en cuenta la pena finalmente impuesta (Art. 63 CP).

Recuérdese que la Ley 906 de 2004 ha condicionado la eficacia de los preacuerdos al cumplimiento de algunas condiciones o reglas así:

- (i) El reintegro de al menos el 50% del valor del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo y que se asegure el recaudo del remanente (artículo 349 CPP).
- (ii) El pacto debe ser en justicia, pues no puede desprestigiar la administración de justicia (artículo 348-2 CPP).
- (iii) Los pactos no son vinculantes cuando desconozcan o quebranten garantías fundamentales (artículo 351, inciso 4°, CPP).

13.3 POR DISPOSICIÓN EXPRESA DEL LEGISLADOR SON CONCEPTOS DIFERENTES EL DELITO IMPUTADO Y EL DELITO NEGOCIADO⁴⁰

Con la negociación se atempera la pena del delito realmente cometido, así que el preacuerdo no produce cambio en la naturaleza de las cosas.

Quien es imputado como autor de una conducta punible seguirá ostentando esa forma de participación criminal, no obstante que el acuerdo se haga consistir, para efectos punitivos, en su degradación a otro punible.

Si la conducta realizada, conforme a los medios de conocimiento en poder de la fiscalía, se corresponde con un homicidio en grado de tentativa, será esta la conducta atribuida, por mucho que en el proceso de negociación con fines de la

⁴⁰ Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

terminación anticipada del proceso se pacte su tipificación como lesiones personales con miras a disminuir la pena.

El legislador diferenció expresamente entre aceptación de culpabilidad por “*el delito imputado*” y la responsabilidad por el “**delito negociado**”.

En efecto, expresa el inciso 2° del Art. 350 del CPP:

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, **en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado**, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: (...). (Se resalta).

La norma del artículo 350-2 del CPP dice que el implicado en la negociación “*se declarará culpable del delito imputado*” y no que se declarará culpable por el “*delito negociado*”.

Entonces, si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el “*delito imputado*”, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación o de la eliminación de un cargo en el preacuerdo que conlleva esa modalidad, porque con esta última solución se afectan garantías fundamentales de la víctima⁴¹.

Precisamente en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, es una garantía fundamental que constituye el poder sancionatorio del Estado, en la medida que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*”⁴², y no por el delito negociado.

En las sentencias C-173 de 2000, C-200 de 2002, C-420 de 2002 y C-205 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha examinado la competencia exclusiva del legislador de crear o “*tipificar*” los ilícitos penales⁴³.

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

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

En la providencia C-1260 de 2005 se preserva el principio de legalidad, al respecto la Corte Constitucional señaló:

“Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el

⁴¹ Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

⁴² CSJ SP-16935-2016, rad. 48.369 de 23 noviembre 2016.

⁴³ Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal”.

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

Los hechos deben corresponder a la descripción legal previamente establecida, de esta legalidad es una manifestación el tipo penal, que se ocupa no solamente de la descripción de la conducta sino también de la pena principal, de la pena accesoria y de su ejecución (subrogados, sustitutos y prohibiciones)⁴⁴.

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

La sentencia de condena que se dicte deberá ser por el delito realmente cometido y aceptado por el procesado, objeto de imputación, acusación y negociación entre Fiscalía y procesado asesorado por su abogado defensor.

La respuesta punitiva a la declaración de responsabilidad penal es la que corresponda a la modalidad negociada.

En efecto, la rebaja de la pena como beneficio en el contexto de las negociaciones y preacuerdos, no puede desconocer la responsabilidad por la conducta cometida⁴⁵.

En providencia CSJ SP 8666-2017, rad. 47.630 de 14 junio 2017, la Corte en un proceso donde el procesado celebró con la Fiscalía un preacuerdo aceptando su responsabilidad por el delito que se le imputó, a cambio de que se aplicara la diminuyente punitiva de que trata el art. 57 del C.P. (ira e intenso dolor), casó la sentencia para declarar:

“Por ende, JAIRO EZEQUIEL ACERO FAJARDO queda condenado, como autor penalmente responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena principal de 17 meses y 10 días de prisión, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, privación del derecho a acudir al lugar de residencia de las víctimas e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por idéntico lapso”.

Es decir, lo condena por el delito realmente cometido y no por el negociado, que es la tesis que se sigue de la mano del salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier.

⁴⁴ Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

⁴⁵ Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

13.4 EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCIÓN Y LA NEGOCIACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Cuando se condena por el delito realmente cometido, en todas las especies o modalidades de negociación, no se vulnera el principio de unidad de jurisdicción.

Según el principio de unidad de jurisdicción, la decisión del juez (civil, penal, etc.) no se puede desconocer por ninguna otra jurisdicción.

La declaración de responsabilidad penal (en cualquiera de sus modalidades) no puede desconocerse por la justicia civil. Un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. **La verdad declarada judicialmente es única en todas las jurisdicciones.**

La responsabilidad que se declara por el juez es para todas las jurisdicciones, como lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en CSJ SC, 6 febrero 2007, rad. 45.736, así:

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU-478 de 25 septiembre 1997, sobre la unidad de jurisdicción, explicó que es un principio rector del Estado de Derecho cuyo desconocimiento implicaría vulnerar el derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta, y particularmente la prohibición de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; que el procedimiento está consagrado por la Constitución como una herramienta para realizar el derecho sustancial nunca para entorpecer la obtención del orden justo.

La unidad de jurisdicción representa seguridad jurídica, pues el ordenamiento jurídico se debe mirar en su plenitud o conjunto.

Precisamente por esa razón es que el juez penal tiene competencia para decidir sobre cuestiones civiles vinculadas con el hecho punible y, por tanto, complementarias con la defensa jurídica y social que genera el crimen⁴⁶.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1993.

Cuando hay decisiones contradictorias dentro de la misma, o diferentes jurisdicciones, se presenta una causal de procedibilidad de la acción de tutela⁴⁷.

13.5 LA NEGOCIACIÓN NO PUEDE GENERAR IMPUNIDAD POR PRESCRIPCIÓN NI SE PUEDEN SUPRIMIR LAS CONSECUENCIAS DEL CANON 122 CONSTITUCIONAL

Para efectos de la contabilización del término de prescripción de la acción penal, la calificación jurídica que ha de tenerse en cuenta es la consignada en la sentencia⁴⁸.

La negociación procesal penal no puede ser un comodín para generar impunidad a través de la declaratoria de prescripción por el delito negociado.

La premisa anterior se explica con el siguiente ejemplo⁴⁹:

Los hechos ocurren el 1° de enero 2007, se le formula imputación en esa misma fecha a una persona por el delito de lesiones personales dolosas en la modalidad de deformidad física transitoria. Pasa el expediente con acusación a uno de los juzgados penales municipales de Bogotá, en donde cada despacho tiene más de 400 carpetas, como consecuencia del preacuerdo celebrado, en el que se degrada la modalidad de simple a cometida en estado de ira, en primera instancia (2009) y segunda (marzo de 2010) se le declara responsable del ilícito en mención en estado de ira.

En el ejemplo que viene de referirse, el artículo 113 del C.P., establece una pena para el autor de 1 a 6 años de prisión y multa de 15 a 25 smlmv. La sanción con la Ley 890 de 2004 queda de 16 a 108 meses y la multa de 25 a 37.5 smlmv. Para la ira el artículo 57 del C.P. prevé una pena no menor de la sexta ($\frac{1}{6}$) parte del mínimo ni mayor de la mitad ($\frac{1}{2}$) del máximo, quedando el marco de punibilidad para dicho ilícito de 2 meses y 20 días a 54 meses (4 años 6 meses) de prisión y multa de 4.15 a 20.75 smlmv.

Si la sentencia lo declarara responsable por el delito cometido, autor de las lesiones personales, la prescripción se contabiliza así: se interrumpió con la formulación de la imputación (1° enero 2007), la prescripción de la acción se contabiliza de nuevo a partir de esa fecha y por la mitad del término sin ser menor de 3 años, para el caso el máximo de la sanción prevista es 108 meses (9 años), significa que la acción se extingue en 4 años y 6 meses, los cuales irían hasta junio de 2011, luego, en el ejercicio propuesto, los juzgadores actuaron sin que la extinción hubiese operado. No ha operado la prescripción de la acción penal.

Pero, siguiendo los datos registrados en el párrafo anterior, si el preacuerdo con la degradación referida se suscribió el 1° de octubre 2009, este pacto se ha firmado cuando la acción aún no ha prescrito por razón del delito cometido, pero con la declaratoria de responsabilidad por el ilícito con el preacuerdo que se hace en la sentencia el 1° enero 2010, habrá que prescribir la acción penal, como consecuencia de la regla jurisprudencial que la responsabilidad por la tipicidad

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 1997.

⁴⁸ CSJ SP, 23 mayo 2012, rad. 35.256; CSJ AP, 13 abril 2011, rad. 35.964; CSJ SP, 13 mayo 2009, rad. 31.424; CSJ SP 17246-2016, rad. 45.466 de 23 noviembre 2016.

⁴⁹ Ejemplo tomado de Salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 7100-2016, rad. 46.101 de 1° junio 2016.

definida en la sentencia es la que se tiene en cuenta para la prescripción de la acción penal.

Y así es, como se ha explicado, porque si la sentencia lo declara responsable como cómplice de las lesiones personales por perturbación funcional transitoria cometidas en estado de ira con pena máxima prevista de 54 meses (4 años 6 meses), la prescripción una vez interrumpida con la imputación, el máximo de extinción sería de 2 años 3 meses, por lo que la prescripción ocurre en tres años, que en el ejemplo sería el 31 diciembre 2009.

Si confrontamos los lapsos de prescripción por razón de la responsabilidad declarada en la sentencia, la del delito cometido o la del delito acordado, son enormes y en un país donde es imposible cumplir los tiempos procesales, los riesgos de impunidad no se pueden despreciar.

Pero, además, cuál fue el propósito de política criminal, beneficiar al procesado con la prescripción de la acción penal o simplemente reducir la pena; innegablemente esta última fue la finalidad, por eso la naturaleza de los procesos abreviados se debe **declarar judicialmente la responsabilidad por el delito realmente cometido e imponer la pena del delito acordado**, lo cual no causa daño a las partes, a los intervinientes ni a la justicia.

De otra parte, si una persona es procesada, por ejemplo, por el delito de peculado por apropiación doloso, que tiene pena a perpetuidad de inhabilitación de derechos y funciones públicas (Art. 122 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo N° 01 de 2009, artículo 4°), si ese es el delito cometido y se le declara responsable no podría jamás ser elegido senador, contratar con el Estado, ser Presidente de la República, o desempeñar cargo público a futuro, sanción que se acarrea por mandato constitucional.

La sanción intemporal o vitalicia del artículo 122 de la Constitución Política, cuando se pacte readecuación típica, por ejemplo, de peculado doloso a culposo, de peculado doloso a abuso de confianza calificado⁵⁰, de autor a interviniente, etcétera, siempre se ha de imponer, pues las partes no pueden subrogar los mandatos constitucionales; es decir, no se pueden inaplicar la Carta Fundamental por simple acuerdo entre las partes.

La inhabilidad intemporal opera de pleno derecho; así no se imponga expresamente en la sentencia penal de condena, por imperativo constitucional ha de entenderse que se debe cumplir efectivamente⁵¹.

Pero, si el procesado acepta responsabilidad y preacuerda que se le condene por una pena máxima en la modalidad culposa, de seguirse el criterio mayoritario de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, habría que condenarlo como responsable del delito de peculado culposo y no podría imponérsele la

⁵⁰ Con relación a los delitos de peculado y abuso de confianza calificado, se pueden consultar los siguientes pronunciamientos: CSJ SP, 11 marzo 2003, rad. 16.188; CSJ SP, 3 junio 2003, rad. 20.894; CSJ SP, 6 agosto 2003, rad 20.075; CSJ SP, 6 mayo 2004, rad. 18.995; CSJ SP, 12 octubre 2006, rad. 23.201.

⁵¹ CSJ SP, 14 octubre 2009, rad. 25.224, que reitera la providencia CSJ SP, 3 agosto 2005, rad. 19.643, en la que se dijo: *"En otras palabras, si dicha consecuencia no se impone en la sentencia, necesariamente, por tener génesis constitucional, la misma se debe tener como impuesta, pues constituye un imperativo para todas las personas que habitan en Colombia dar cabal cumplimiento a lo estatuido en la Constitución Política, según así lo regula el artículo 4° de la misma Carta de Derechos"*.

sanción constitucional de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a perpetuidad, la pena iría como accesoria y cumplida se rehabilita para volver a contratar con el Estado, ser congresista u ocupar altas dignidades del Estado, etc.

En cambio, si se acepta que se le responsabilice por peculado doloso (delito consumado y **realmente cometido**) y se le imponga la pena del peculado culposo (**reato acordado**), habría que sancionar con la inhabilitación perpetua constitucional.

Esta última solución se antoja más aconsejable, exige la estricta tipicidad e impide la burla a los mandatos legales y constitucionales.

Lo propio ocurre cuando se hacen preacuerdos por delitos que la Ley 1474 de 2011 excluye de subrogados o beneficios.

Por ejemplo, en los ilícitos dolosos contra la Administración Pública preacordar la modalidad culposa para beneficiar al procesado con la menor pena y de paso eliminar la prohibición para el otorgamiento de un mecanismo que está legamente prohibido, o admitir que se cometió concierto para delinquir agravado a cambio de que se le de tratamiento punitivo de concierto para delinquir simple, etc., entonces el preacuerdo se convierte en un instrumento para jugar con la justicia, riesgo que se evitaría **si se le condena por el delito real y verdaderamente cometido y se le impone la pena por el delito acordado como beneficio propio del preacuerdo**.

13.6 PROVIDENCIA CSJ SP 486-2018, RAD. 50.000 DE 28 FEBRERO 2018

En providencia CSJ 486-2018, rad. 50.000 de 28 febrero 2018, la Sala Penal de la Corte advierte que en la negociación se aceptó la comisión del punible de concierto para delinquir agravado, pero con pena de 48 meses que corresponde al concierto simple, razón por la cual procedía la negación de subrogados por expresa prohibición legal del Art. 68-A del Código Penal; además, se fundamentó el acuerdo en el numeral primero del Art. 350 del CPP que permite eliminar "alguna causal de agravación o algún cargo".

Se agregó por la Corte que *"No se fundó la aceptación de cargos, por tanto, en el numeral 2º del citado precepto, en virtud del cual resulta posible tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, como hubiera podido hacerse si se hubiese pactado que el procesado aceptaba su responsabilidad y se declaraba culpable del delito de concierto para delinquir simple del inciso primero del artículo 340 del Código Penal y que dicho cambio de tipificación constituía el único beneficio recibido como consecuencia del preacuerdo"*.

Finaliza la Corte explicando que *"Siendo ello así, los cargos propuestos en la demanda carecen de fundamento como quiera que el Tribunal no aplicó indebidamente los artículos 340 inciso segundo y 68 A del Código Penal, pues eran los preceptos llamados a regular el caso, con mayor razón cuando la imputación fáctica que soporta el cargo se ajusta a la modalidad agravada del delito, por cuanto la organización delictiva que conformó tenía como objetivo el tráfico de estupefacientes"*.

13.7 PROVIDENCIA CSJ SP 605-2018, RAD. 51.341 DE 21 MARZO 2018

En providencia CSJ SP 605-2018, rad. 51.341 de 21 marzo 2018, la Corte, sin decirlo expresamente, acoge la tesis de que se condena por el delito realmente cometido.

En efecto, se dijo por la Corte en dicha providencia que el 3 octubre 2017 el Fiscal solicitó que se aprobara el preacuerdo con el procesado en el que aceptaba los términos de la imputación fáctica por el delito de concierto para delinquir agravado, a cambio de que se le aplique el mínimo de la pena previsto para el delito de concierto para delinquir simple, y así se acogió en la parte resolutive de la sentencia.

Se resolvió en el fallo de condena:

PRIMERO. CONDENAR a AJLM, de condiciones civiles y personales consignadas en este proceso, como autor del delito de concierto para delinquir agravado, quien por razón del preacuerdo aprobado, se hace merecedor a la pena principal de cinco (5) años y tres (3) meses de prisión.

Se aclara que la pena impuesta fue la correspondiente a la del delito de concierto para delinquir simple (Art. 340.1 CP) y no la del concierto para delinquir agravado del inciso 3° del Art. 340.3 del C.P.

13.8. PROVIDENCIA CSJ SP 3723-2018, RAD. 51.551 DE 5 SEPTIEMBRE 2018

En CSJ SP 3723-2018, rad. 51.551 de 5 septiembre 2018, se expresó por la Corte que no casará la sentencia de segunda instancia, en aras de que los hechos aceptados por RM califiquen como lesiones personales dolosas, por manera que su adecuación se mantiene en violencia intrafamiliar agravada.

Lo anterior, reitera la Corte, porque el proceso culminó a través de un acuerdo en el que precisamente el acusado aceptó su responsabilidad en este último comportamiento a cambio de un importante beneficio como lo fue que se le aplicara la pena del cómplice; bajo tales antecedentes, de conformidad con el precedente citado, el juez no puede entrar a hacer un control sobre la adecuación jurídica del comportamiento en el terreno de los preacuerdos, aunado a que no se verifica vulneración de garantías fundamentales que permitan la intervención del juez.

13.9 CONCEPTO DE PREACUERDO CON DEGRADACIÓN

Es el que surge cuando el implicado se declara "*culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor*" (inciso 2° artículo 350 CPP), a cambio de que el fiscal del caso "*tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*" (numeral 2°, inciso segundo, artículo 350 CPP).

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una fracción de la sanción por una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena.

Para el preacuerdo se acepta la culpabilidad por el delito preacordado típicamente, se indica el beneficio con la frase “a cambio de que el fiscal” y enuncia seguidamente como posibilidades, entre otras, la de la tipificación de la conducta que implique una pena menor.

La circunstancia o modalidad debe respetar los elementos básicos estructurales y mantener la identidad del núcleo rector, por lo que le queda prohibido al funcionario judicial desconocer el marco mínimo de la legalidad⁵².

Para efectos de las negociaciones, cuando la misma versa sobre variaciones en torno al mismo delito imputado, la Fiscalía puede modificar la adecuación típica reestructurando la conducta punible en cualquiera de sus categorías dogmáticas, con el específico propósito de incidir en la disminución de la pena⁵³.

Se negocia un instituto de la parte general, sencillamente porque en la imputación fáctica y jurídica, precisa, clara, correcta y detallada como presupuesto de la negociación, esas circunstancias más favorables, en tema de punibilidad, no existen (fáctica, jurídica ni probatoriamente), razón por la cual no se requiere ni siquiera un mínimo de pruebas sobre la circunstancia negociada.

13.10 LA CIRCUNSTANCIA QUE SE CONCEDE NO EXISTE Y NO TIENE PRUEBA

Cuando se trata de un preacuerdo no hay lugar al debate probatorio y, por tanto, no existe la obligación de demostrar la causal de disminución de pena.

No existe norma de carácter constitucional o legal que imponga a la Fiscalía la obligación de probar la causal de atenuación punitiva otorgada como contraprestación a la aceptación de cargos⁵⁴.

Lo dicho, porque sería una exigencia contraria a la lógica misma de la negociación, en tanto, si de verdad aparece plenamente probada la circunstancia que obliga a aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en la negociación como único beneficio, sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y del fallo⁵⁵.

Para la jurisprudencia se quebranta el debido proceso en su estructura (abreviada) y se afecta la garantía de imparcialidad, cuando el juez realiza un nuevo juicio de adecuación típica desconociendo el preacuerdo que consigna, ejemplo, como única contraprestación ofrecida al procesado el reconocimiento de la diminuyente contemplada en el artículo 57 del Código Penal, pese a que de la imputación fáctica no se advierte ningún supuesto constitutivo de ira e intenso dolor⁵⁶.

⁵² Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Escuela Judicial *Rodrigo Lara Bonilla* y Universidad Militar, Bogotá, marzo 2010, p. 161.

⁵³ CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, Salvamento de voto.

⁵⁴ CSJ STP 5498-2018, rad. 98.071 de 26 abril 2018.

⁵⁵ CSJ SP 13939-2014, rad. 42.184 de 15 octubre 2014; CSJ STP, 10 marzo 2016, rad. 84.761; CSJ SP, 1º junio 2016, rad. 46.101; CSJ SP, 24 junio 2016, rad. 45.736; CSJ SP, 25 enero 2017, rad. 48.293; CSJ STP, 9 febrero 2017, rad. 90.162; CSJ STP, 26 julio 2017, rad. 93.162; CSJ STP 5498-2018, rad. 98.071 de 26 abril 2018.

⁵⁶ CSJ SP, 14 junio 2017, rad. 47.630; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

No existe ninguna norma de carácter legal o constitucional que imponga a la Fiscalía la obligación de probar la causal de atenuación punitiva otorgada como contraprestación a la aceptación de cargos, en razón a que: *“esta sería una exigencia contraria a la lógica misma del instituto, en tanto, si de verdad apareciese plenamente probada la circunstancia que obliga aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en el preacuerdo como único beneficio, sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y el fallo”*⁵⁷.

Dicha postura ha sido ratificada en varios fallos de tutela, mediante los cuales se concedió la protección del derecho fundamental al debido proceso, al constatarse la injerencia indebida del juez en las funciones propias del fiscal (CSJ STP, 10 marzo 2016, rad. 84.761; CSJ STP, 9 febrero 2017, rad. 90.162; CSJ STP, 26 julio 2017, rad. 93.162; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018).

Igualmente, en sede de casación se ha mantenido el mismo criterio en los pronunciamientos CSJ SP, 24 febrero 2016, rad. 45.736; CSJ SP 1° junio 2016, rad. 46.101; CSJ SP, 25 enero 2017, rad. 48.293; CSJ SP, 14 junio 2017, rad. 47.630.

13.11 SOBRE LA MODALIDAD DE DEGRADACIÓN EN LOS PREACUERDOS

En el caso objeto de estudio **se degradó la forma de intervención en la conducta de autor a cómplice.**

Este aspecto no ofrece reparo alguno por parte del *ad quem*.

Esta clase de negociación es la que surge cuando el implicado se declara *“culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor”* (inciso 2° artículo 350 CPP), a cambio de que el fiscal del caso *“tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”* (numeral 2°, inciso segundo, artículo 350 CPP).

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una fracción de la sanción por una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena.

Para el preacuerdo se acepta la culpabilidad por el delito preacordado típicamente, se indica el beneficio con la frase *“a cambio de que el fiscal”* y enuncia seguidamente como posibilidades, entre otras, la de la tipificación de la conducta que implique una pena menor.

La circunstancia o modalidad debe respetar los elementos básicos estructurales y mantener la identidad del núcleo rector, por lo que le queda prohibido al funcionario judicial desconocer el marco mínimo de la legalidad⁵⁸.

Para efectos de las negociaciones, cuando la misma versa sobre variaciones en torno al mismo delito imputado, la Fiscalía puede modificar la adecuación típica

⁵⁷ CSJ SP, 15 octubre 2014, rad. 42.183; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

⁵⁸ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Escuela Judicial *Rodrigo Lara Bonilla* y Universidad Militar, Bogotá, marzo 2010, p. 161.

reestructurando la conducta punible en cualquiera de sus categorías dogmáticas, con el específico propósito de incidir en la disminución de la pena⁵⁹.

Se negocia un instituto de la parte general, sencillamente porque en la imputación fáctica y jurídica, precisa, clara, correcta y detallada como presupuesto de la negociación, esas circunstancias más favorables, en tema de punibilidad, no existen (fáctica, jurídica ni probatoriamente), razón por la cual no se requiere ni siquiera un mínimo de pruebas sobre la circunstancia negociada.

13.12 ALGUNAS DESAFORTUNADAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SU-479 DE 2019

Afirma la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 de 2019:

“el preacuerdo debe exponer de forma clara y coherente los hechos jurídicamente relevantes, **los cuales deben estar respaldados por los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado**, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan”.

Si se requiere prueba del Art. 56 CP o artículo 57 CP (ira o intenso dolor) para efectos de negociación, se tendrán consecuencias más desafortunadas en tema de Justicia que lo que pretende la tesis de la Corte Constitucional.

Algunos integrantes de esta Sala de Decisión conocieron del siguiente asunto: un proceso por el delito de homicidio donde se reconoció, para efectos de la negociación, la rebaja de la ira o intenso dolor del Art. 57 del Código Penal⁶⁰.

Con la tesis de la Sentencia SU-479 de 2019 se requiere un “**respaldo probatorio**”, para la aprobación de la negociación.

La Sala encontró ese “**respaldo probatorio**”.

Se dijo que en el asunto se cumplen con los presupuestos que fijó la Sala Penal de la Corte Suprema para reconocer en el sujeto agente, haber obrado conforme a la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 57 del Código Penal.

La Sala de Decisión, ante esa evidencia procesal, ejerció control sobre los términos del preacuerdo y la calificación jurídica de los hechos para salvaguardar las garantías que le asisten al procesado, en el caso, estricta legalidad, razón por la que **invalidó la decisión del a quo por la cual aprobó el preacuerdo celebrado**.

La calificación jurídica que correspondía a los hechos era la de homicidio bajo la circunstancia del Art. 57 del Código Penal, según la Sentencia C-1260 de 2005, según la cual, **al celebrar preacuerdos, el fiscal ‘no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun**

⁵⁹ CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, Salvamento de voto.

⁶⁰ Radicado 05-001-60-00206-2017-59594 de 14 agosto 2019, Sala integrada por los magistrados José Ignacio Sánchez Calle (ponente), Nelson Saray Botero y Hender Augusto Andrade Becerra.

*mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal*⁶¹.

Contra la decisión del Tribunal se interpuso Tutela y mediante decisión CSJ STP 13468-2019, rad. 106.862 de 25 septiembre 2019, se negó, no se concedió el amparo solicitado.

Expresó la Sala Penal de la Corte en la mencionada tutela: *“Es de advertir que aunque la parte accionante señala que el Tribunal demandado realizó un control material al preacuerdo celebrado con el procesado YUNIOR ALEXIS GAVIRIA LEZCANO, lo cierto es que la ratio decidendi del auto proferido el 21 de agosto de 2019 estuvo dirigida a dejar sin efecto lo pactado por la trasgresión de los derechos fundamentales del procesado, aspecto respecto del cual la referida autoridad estaba debidamente facultada para salvaguardar dichas garantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal de 2004”*.

13.13 EN CASO DE DUDA SOBRE LA CIRCUNSTANCIA NEGOCIADA, SE DEBE RECONOCER

Si se negocia el canon 56 o 57 de Código Penal, por poner dos ejemplos, y el juez encuentra, según ese mínimo probatorio, que realmente existe duda sobre su existencia, entonces la debe reconocer en favor del procesado, pero en virtud del brocárdico de la duda y no de la negociación⁶².

Así que el reconocimiento es en virtud de la ley no de la negociación.

13.14 EN CUANTO A LAS DIRECTIVAS DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

La expresión *“las directivas de la Fiscalía General de la Nación”* fue sometida a control constitucional y la Corte mediante Sentencia C-1260 de 2005, la declaró exequible.

Se dijo en la sentencia C-1260 de 2005 que *“No le está permitido al Fiscal General de la Nación que a través de las directrices que expida injerir en las decisiones judiciales propias de los fiscales ni indicarle criterios para su adopción ni interpretación de la ley y la Constitución, en aras de la garantía a la autonomía judicial”*.

En la sentencia C-558 de 1994 se afirmó, en relación específica con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Fiscalía, que *“no le está permitido al Fiscal General de la Nación, como a ningún otro funcionario de la Fiscalía, injerir en las decisiones que deban adoptar los demás fiscales en desarrollo de su actividad investigativa y acusadora, ni señalarles criterios relacionados con la forma como deben resolver los casos a su cargo, ni cómo deben interpretar la ley, pues se atentaría contra los principios de independencia y autonomía funcional del fiscal”*.

⁶¹ CSJ SP, 27 octubre 2008, rad. 29.979; CSJ SP 931-2016, de 3 febrero 2016.

⁶² CSJ SP, 26 enero 2005, rad. 15.834.

Los deberes de independencia e imparcialidad que deben acompañar la administración de justicia fueron caracterizados por la Corte en la sentencia C-037 de 1996 como principios esenciales para lograr el propósito central de la función jurisdiccional, como lo es el de impartir justicia; en tal oportunidad, se definió la independencia como la ausencia de presiones ejercidas sobre los funcionarios, esto es, que quienes administran justicia no se vean sometidos a *“insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial... la independencia se predica también... respeto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial”*.

La Fiscalía continúa haciendo parte de la Rama Judicial por lo que se somete a los principios de autonomía e independencia de la función judicial, los que armonizan plenamente en el nuevo esquema procesal penal con el principio de jerarquía (Corte Constitucional, Sentencias C-1092 de 2003 y C-591 de 2005).

Igualmente dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-873 de 2003 que *“Lo anterior no obsta para que, en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las actividades de investigación penal, el Fiscal General de la Nación trace políticas generales aplicables a las distintas actividades desarrolladas por los funcionarios de la Fiscalía; tales políticas pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas”*

El *“funcionario”* al que hace mención el artículo 348.2 del CPP, no es otro que el delegado del Fiscal General de la Nación, pues es el único que puede celebrar *“preacuerdos”*.

El juez no puede celebrar preacuerdos.

El funcionario fiscal deberá observar, además, todas las directivas del Fiscal General de la Nación por su estructura jerárquica, obligado al principio de objetividad contemplado en el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 115. Principio de objetividad. La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

La Fiscalía no está obligada al precepto de la *“imparcialidad”* que es consustancial al juez.

Expresa el canon 5° del CPP:

Artículo 5°. Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, **los jueces** se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia. (se subraya).

Para algunos, la Directiva del Fiscal General de la Nación en tema de negociación es un cartabón de interpretación vinculante, pues debe entenderse que por virtud del fallo de constitucionalidad adoptado por la sentencia C-1260 de 2005, dicha Directiva se integra al texto normativo del artículo 348 del CPP/2004 y no puede considerarse como un simple y mero “*desiderátum*”.

En sustento de dicha postura se menciona precisamente la providencia CSJ SP 13939-2014 de 15 octubre 2014, rad. 42.184, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que advierte que las amplias facultades que tiene el fiscal para celebrar los preacuerdos impone que se impartan Directrices para no abusar de la figura con fines perversos, tomando como fundamento la organización jerarquizada de la Fiscalía y que tal labor no se agote allí, sino que se establezca, además de un concepto claro de justicia, mecanismos internos de verificación y control dirigidos a hacer efectivas esas directrices⁶³.

Pero otra opinión es la de la jurisprudencia, pues en la misma providencia CSJ SP 13939-2014 de 15 octubre 2014, rad. 42.184, se expresa que la Directiva N° 001 de 2006 es un mero “*desiderátum*” (aspiración o deseo que aún no se ha cumplido), en el entendido que solo va “*dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados*” y que no es un designio imperativo para el juez ni mucho menos un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo que escapa a la labor de verificación del juez, “*dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan*”.

Así pues, las directrices que fije el Fiscal General de la Nación en tema de negociación no tienen ninguna fuerza vinculante para los jueces de la República, sencillamente porque no es superior en la Rama Judicial (para los jueces) ni es su función brindar pautas de acción a los Jueces de la República quienes deberán actuar con absoluta independencia y solo obligados a los preceptos constitucionales y legales en la solución del caso concreto.

En efecto, como lo ha decantado la jurisprudencia, “*sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan*”⁶⁴.

En la providencia CSJ SP 16731-2017, rad. 45.964 de 27 septiembre 2017, explicó la Corte que es inconcuso que el Fiscal General de la Nación, a través de sus delegados, está facultado legalmente para negociar y celebrar preacuerdos tendientes a la terminación de los procesos, en el marco de una pronta y cumplida justicia, pero que también es cierto que, en el ejercicio de tales competencias, estos funcionarios no pueden ser ajenos al deber de salvaguardar los derechos de las víctimas, en los términos de los literales c) y f) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, de tal forma que están obligados a velar por sus intereses al adoptar cualquier decisión discrecional sobre la acción penal y, en ese cometido, al tenor del canon 348 *ejusdem* también están impelidos a acatar las directivas de la Fiscalía y las pautas trazadas por la política criminal.

⁶³ Quijano Gómez, Jesús Orlando. *Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado: un asunto problemático en la práctica judicial colombiana*. Ponencia conversatorio sobre el Sistema Penal Acusatorio, proyecto Acceso a la Justicia de USAID-Universidad de Ibagué, 10 marzo 2016.

⁶⁴ CSJ SP 13939-2014, rad. 42.184 de 15 octubre 2014.

En esa providencia se hizo un *“fuerte llamado de atención a la Fiscal Once Seccional de Florencia”*, con copia al Fiscal General de la Nación, para que, en lo sucesivo, al realizar procesos de negociación con los imputados o acusados, se atenga al contenido de la Directiva 001 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación en el sentido que los preacuerdos no pueden utilizarse para resolver casos, acelerar la justicia, descongestionar los despachos judiciales, ni como una forma de conciliación o mediación, sino que debe *“evaluar la naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad y el daño causado o la amenaza a los derechos constitucionales fundamentales, los intereses jurídicos protegidos, la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, las personales del imputado o acusado y su historia delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuvieran con el imputado o acusado”*.

La Corte avaló la negociación de la Fiscalía 11 Seccional de Florencia, Caquetá, y lo hizo porque estaba conforme a la Constitución y la Ley, así que no había ninguna razón para el *“fuerte”* llamado de atención.

Sencillamente, si se observa mala fe o ánimo torticero en la negociación, que la Corte no lo advirtió en la Fiscalía 11 Seccional, entonces, ahí sí, se debe ordenar investigación penal y disciplinaria.

13.15 TUTELA CSJ STP 3279-2019, RAD. 103.263 DE 6 MARZO 2019

En tutela CSJ STP 3279-2019, rad. 103.263 de 6 marzo 2019, suscrita por dos magistrados, se negaron las pretensiones del accionante y se consideró que la interpretación de los jueces de instancia no fue irrazonable pues la pena mínima con el reconocimiento del Art. 56 del CP para el delito tipo del Art. 376.1 del CP es de 23 meses 10 días y no 22 meses de pena privativa de la libertad de prisión y que la pena de multa es equivalente a 222,3 smlmv y no de un (1) smlmv, como se pactó por las partes.

Los juzgadores de instancia, aparte del argumento de legalidad para improbar el preacuerdo, aludieron a la *“imperiosa necesidad de dar alcance a las políticas criminales del Estado”* pues debía seguirse la Directiva 001 de 2018 que prohíbe la concesión del Art. 56 del CP en delitos que atenten contra la salud pública, donde quedan comprendidos los delitos de estupefacientes.

Para la Corte, las providencias cuestionadas no constituyen una *“vía de hecho”*, en tanto *“que cumplen con los parámetros normativos y argumentativos que las hacen razonables y ajustadas a derecho, evento que descarta una afectación de derechos fundamentales”*; se agrega, adicionalmente, que *“no resulta admisible su postura, según la cual los jueces son meros validadores de actos entre las partes, pues la función de éstos es la de velar por una correcta administración de justicia, motivo por el cual fueron investidos con las facultades legales suficientes para ejercer dicha labor, de modo que, ante el estudio de una situación que se ofrezca contraria a la normatividad vigente, su decisión debe encaminarse a propender por la correcta interpretación y aplicación del derecho, tal como ocurrió en el caso objeto de análisis”*.

Esta fue la decisión de la Corte, en ningún momento varió el precedente ya comentado de considerar las Directivas del Fiscal General de la Nación como un mero *“desiderátum”* (aspiración o deseo que aún no se ha cumplido), en el entendido que solo va *“dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados”* y que no es un designio imperativo para el juez ni mucho menos un

concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo que escapa a la labor de verificación del juez, “*dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan*”.

13.16 LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA NEGOCIACIÓN

La jurisprudencia de la Corte ha concluido que, en tema de justicia premial, más concretamente, en tema de acuerdos y negociaciones, se deben privilegiar la naturaleza y finalidades de los preacuerdos, sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de justicia de la víctima⁶⁵.

En efecto, en sentencias CSJ SP, 6 febrero 2013, rad. 39.892 y CSJ SP, 20 noviembre 2013, rad. 41570, expuso la Sala que la calificación jurídica adoptada por la Fiscalía en la acusación o en el preacuerdo no puede ser cuestionada y el Juez solamente puede intervenir en el estudio de aspectos sustanciales que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando aparezca acreditado de forma manifiesta la lesión a derechos fundamentales, pues ello parte de su deber judicial de ejercer un control constitucional, pero la mencionada vulneración no puede estructurarse a partir de una valoración distinta con la cual el juez imponga su criterio sobre el ejercicio de adecuación típica.

Más adelante, CSJ SP, 15 octubre 2014, rad. 42.183, concluyó que, en términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido “*crear tipos penales*”.

En decisión CSJ SP 16933-2016, rad. 47.732, la Corte puso de presente que producida la acusación por parte del ente investigador o materializado el acuerdo entre las partes (fiscal y procesado), el juez, por más que su criterio le indique que cierta adecuación típica es la que mejor se corresponde con los supuestos fácticos imputados, no puede tener ninguna injerencia en ella, sin contrariar el principio adversarial y la imparcialidad que le demanda el ejercicio del cargo, salvo en aquellos casos en que el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico sea tal que raye con la ilicitud, lo manifiestamente ilegal o trasgresor de las garantías fundamentales mínimas⁶⁶.

La víctima en todo caso tiene garantizada su reclamación pecuniaria a través del incidente de reparación integral de perjuicios.

Para las víctimas los preacuerdos suponen recibir justicia de manera pronta y eficaz, no quedar sometidas a la duración normal de un proceso en la esfera ordinaria y, además, el resarcimiento de sus derechos fundamentales, dado que la negociación de la Fiscalía debe girar en torno a los intereses del Estado y de las víctimas en la adopción de las medidas⁶⁷.

14. SOBRE EL APRESTIGIAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA NEGOCIACIÓN

⁶⁵ CSJ SP, 6 febrero 2013, rad. 39.892; CSJ SP, 20 noviembre 2013, rad. 41.570; CSJ SP13939-2014, rad. 42.184 de 15 octubre 2014; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

⁶⁶ CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-361 de 2018.

Uno de los argumentos del señor Procurador 114 Judicial II Penal, doctor LUIS GONZAGA VELEZ OSORIO, tiene que ver con el prestigio de la administración de Justicia, que se dejó de investigar y se ferió la administración de justicia.

En el acta de negociación, el señor Fiscal Seccional ha demostrado absoluta diligencia y compromiso con la Administración de Justicia, lo cual merece es el reconocimiento de la Sala y no es de recibo la desproporcionada descalificación del delegado del Ministerio Público.

En punto de "**aprestigiar la administración de justicia**", se requiere para efectos de la negociación una actitud seria y comprometida de la Fiscalía para que el acuerdo se realice dentro de los parámetros de la verdad real y la justicia material, con especial acatamiento del principio de legalidad, que de todos modos se encuentra relativizado.

Se deben respetar los términos de lo pactado, siempre que ellos respondan a esos fundamentos de prevención general y especial que le son consustanciales a la justicia consensuada⁶⁸.

El preacuerdo no puede generar impunidad, como en efecto aquí no se ha generado.

El parámetro de la negociación de los términos de la imputación no es la impunidad; el referente del fiscal y de la defensa es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia⁶⁹.

Todos los intervinientes en el trámite del preacuerdo y la negociación tienen el deber de actuar con objetividad, debiendo acatar la legalidad y los precedentes judiciales para que se cumpla esa finalidad de aprestigiar la administración de justicia⁷⁰.

Para que se puedan "**evitar cuestionamientos a la administración de justicia**" cuando se acude a la figura de los preacuerdos y las negociaciones, es menester que lo acordado:

Uno: No implique la imposición de penas irrisorias o beneficios escandalosos frente a delitos graves, al punto que genere un clima de incertidumbre en la comunidad, lo cual puede repercutir negativamente en la conciencia jurídica del ciudadano⁷¹.

Dos: En la pena final el fiscal debe observar los principios y funciones de las sanciones (artículos 3° y 4° del Código Penal), además, el fiscal se puede guiar por las recomendaciones del artículo 61 del Estatuto de las Penas, esto es, deberá ponderar aspectos tales como: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Con el criterio de la gravedad especial del ilícito cometido se mira su peculiaridad que lo hace más reprochable y condigno de mayor reproche jurídico; se relaciona

⁶⁸ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, ob. cit., p. 115.

⁶⁹ CSJ SP, 12 septiembre 2007, rad. 22.759; CSJ SP 931-2016, rad. 43.356 de 3 febrero 2016.

⁷⁰ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, ob. cit., p. 134.

⁷¹ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, ob. cit., p. 117.

con “*la mayor o menor afectación al bien jurídico tutelado por la ley*”⁷²; esta circunstancia se refiere a un plus de la conducta que está más allá de la misma circunstancia de agravación, genérica o específica, y que es un comportamiento especial que aumenta la intensidad del injusto, sin que el legislador la haya contemplado expresamente como agravante y en tal medida se justifica la distinción que hace el precepto examinado⁷³. Son pues, manifestaciones existenciales especiales que caracterizan determinada conducta.

Se ha de determinar el daño real ocasionado por el delito, que puede ser meramente individual, plural o colectivo. Se relaciona con la extensión del perjuicio, “*según ha sido mayor o menor el número de las personas ofendidas, y según que el crimen ha dañado o expuesto a una lesión al Estado mismo, a comunidades enteras, a una cantidad indeterminada de personas, o sólo a ciertas personas determinadas*”⁷⁴.

El grado de culpabilidad es lo que la norma denomina como la intensidad del dolo, la preterintención y la culpa concurrentes.

En general, la pena debe ser el resultado de la aplicación del derecho penal como *ultima ratio* y por lo mismo deberá ser necesaria, razonable, eficiente y proporcionada⁷⁵.

Tres: Las negociaciones deben estar encaminadas a la realización de la verdad real y la **justicia material**, de manera que la sociedad muestre respeto por tales mecanismos con su conformidad.

El acuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, debe ser sometido a un tamiz crítico que impone la constatación de que tales acuerdos no desconozcan los fines constitucionales del proceso como garantía de una tutela judicial efectiva de los derechos y la **prevalencia de la justicia material** (artículo 351 inciso 4° Ley 906)⁷⁶.

En tema de la “**feria**” de **Justicia**, se debe destacar lo siguiente:

Uno: Que al señor CALEB SANCHEZ ORTIZ se le reintegró el aparato celular y a título de indemnización se le pagó la suma de \$420.000 (f. 72).

Dos: Se realizaron muchos y variados esfuerzos para localizar al señor HUMBERTO DE JESUS LOPEZ RAMIREZ (f. 72)

Tres: El señor HUMBERTO DE JESUS LOPEZ RAMIREZ expresó que ha sido plenamente indemnizado y que no está dispuesto a exponer a su hijo a una diligencia de reconocimiento en fila de personas “*ya que lo pondríamos en riesgo*” (f. 190).

Es decir, que el señor Fiscal 172 Seccional, doctor JAIRO TASCÓN GALLEGÓ, ha estado dispuesto a bridar todas las garantías de garantía de derechos a las víctimas.

⁷² CSJ SP, 25 agosto 2010, rad. 33.458.

⁷³ CSJ SP, 2 diciembre 1999; CSJ SP 23 septiembre 2003, rad. 17.089.

⁷⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, parte general*. Ediciones Ediar, Buenos Aires, Argentina, año 2000, p. 1000; CSJ SP, 25 agosto 2010, rad. 33.458.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 19 marzo 1997.

⁷⁶ CSJ AP rad. 38.146 de 18 abril 2012.

15. EL AGOTAMIENTO DE OTRAS ALTERNATIVAS INVESTIGATIVAS COMO EL RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO E INCLUSO EL RETRATO HABLADO

Uno de los argumentos del señor juez de instancia para negar la negociación fue que el señor Fiscal Seccional debía agotar otras alternativas investigativas como el reconocimiento fotográfico e incluso el retrato hablado; en fin, insistir en el reconocimiento en fila de personas.

El señor Fiscal 172 Seccional, doctor JAIRO TASCÓN GALLEGO, ha considerado que tales actos no son razonables en el caso concreto, y en ello tiene toda la razón.

En efecto, el reconocimiento por medio de fotografías o videos y el reconocimiento en fila de personas, están consagrados en los Arts. 252 y 253, respectivamente, del CPP de 2004.

Esta clase de diligencias de reconocimiento (fotográfico y en fila de personas), es uno de los métodos legalmente establecidos **para identificar los autores o partícipes de una conducta materia de investigación** por la fiscalía en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente las personas imputadas.

Así pues, tal como ocurre con el reconocimiento por medio de fotografías o videos, el reconocimiento en fila de personas es una técnica que se utiliza para identificar a los posibles autores o partícipes de la conducta punible. De allí que ese método es complementario del fotográfico y únicamente habrá lugar a acudir a él cuando no se tenga certeza sobre el autor de la conducta punible investigada⁷⁷.

El reconocimiento no tiene la naturaleza de medio de conocimiento, sino que se trata de una actividad investigativa⁷⁸.

Es una herramienta orientadora de la investigación, frente a la cual se sobrepone en importancia la prueba testimonial en juicio oral⁷⁹.

Se trata de una actividad definida en la Ley 906 de 2004 en el Título denominado "*la indagación y la investigación*" y está a cargo de "*la policía judicial*", orientada a obtener la información **necesaria para individualizar o identificar a la persona** contra la que habrá de ejercerse la acción penal⁸⁰.

Así pues, en los eventos en que no se tiene certeza sobre la identidad del autor de un determinado comportamiento, el solo reconocimiento fotográfico no resulta suficiente para dotar de eficacia demostrativa el señalamiento realizado ante los investigadores por la víctima o el testigo⁸¹.

El reconocimiento fotográfico puede ser uno de los métodos válidos para encauzar la investigación hacia una determinada persona, pero para que pueda tener algún mérito persuasivo en el juicio oral en relación con el señalamiento que el testigo realiza, es recomendable que durante la fase de investigación se practique la

⁷⁷ CSJ SP 345-2019, rad. 52.983 de 13 febrero 2019.

⁷⁸ CSJ AP 2356-2018, rad. 50.213 de 30 mayo 2018.

⁷⁹ CSJ SP 13189-2019, rad. 50.836 de 10 octubre 2018.

⁸⁰ CSJ AP 2356-2018, rad. 50.213 de 30 mayo 2018.

⁸¹ CSJ SP, 29 agosto 2007, rad. 26.276; CSJ SP 345-2019, rad. 52.983 de 13 febrero 2019.

diligencia de reconocimiento en fila de personas “*en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado*”, como forma de confirmar la identificación fotográfica llevada a cabo, y comportar de este modo un verdadero elemento material probatorio de cargo por parte de la fiscalía, el cual, de todos modos, necesariamente debe ser presentado a través de un testigo de acreditación, si es del caso (Art. 337.5. d, CPP)⁸².

El reconocimiento en fila es complemento del reconocimiento fotográfico. Pero no está indicando la ley que en todos los eventos de investigación criminal resulte obligatorio practicar ambas diligencias, el reconocimiento fotográfico y el reconocimiento en rueda de personas, “*ya que en tal aspecto también operan los criterios de razonabilidad, conducencia, pertinencia y utilidad de la actividad investigativa; de otro modo no tendría sentido que la ley radique en cabeza del fiscal la elaboración de un programa metodológico en la labor de investigación*”⁸³.

Así pues, no es necesario que cuando se lleve a cabo reconocimiento fotográfico se deba realizar reconocimiento en fila de personas, ya que ello **depende de su utilidad práctica según la investigación concreta**, esto es, se deben aplicar criterios de razonabilidad, conducencia, pertinencia y utilidad⁸⁴.

Esa identificación e individualización previa es presupuesto para la orden de captura (Arts. 297 y 298 CPP), es requisito para la imposición de la medida de aseguramiento (Art. 306 CPP), así como para la acusación (art. 336 y 337-1 CPP).

Sobre el tema, la doctrina extranjera explica:

“El reconocimiento fotográfico, por sí mismo, carece de cualquier aptitud probatoria. Sólo puede llegar a producir eficacia probatoria cuando queda confirmado mediante un ulterior reconocimiento en rueda.

“Dice la sentencia del Tribunal Supremo 723/1996, de 21 de octubre (Sr. Soto Nieto), que ‘la identificación de los acusados mediante fotografías en sede policial no puede reemplazar a las diligencias judiciales de reconocimiento con las formalidades legales (Sentencia 80/198, de 6 de mayo (Sr. Martín Pallín), que ‘la exhibición de fotografías de un sospechoso a las personas que pudieran identificarle es un método de investigación que sirve para orientar las pesquisas que realiza la policía judicial, pero en modo alguno constituye un medio de prueba válido, por sí solo, para fundamentar una inculpación’.

“Con mayor extensión, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 150/1997, de 9 de diciembre (Sr. Soto Nieto):

‘En cualquier caso ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial reiterada en el sentido de que la llamada prueba de reconocimiento o identificación por fotografías no es sino un método útil para iniciar una investigación policial dirigiéndola contra persona concreta y determinada, pero sin que, por sí sola,

⁸² CSJ SP 105-2018, rad. 43.651; CSJ SP, 29 agosto 2007, rad. 26.276; CSJ SP 345-2019, rad. 52.983 de 13 febrero 2019.

⁸³ CSJ SP, 29 agosto 2007, rad. 26.276.

⁸⁴ CSJ AP 2787-2015, rad. 42.666 de 15 mayo 2015; CSJ AP 4696-2017, rad. 48.809 de 24 julio 2017.

sirva de prueba de cargos contra una persona sobre cuya identidad se tengan dudas, el único medio identificador autorizado por la ley es el que se contempla en los artículos 368 y siguientes del citado texto legal advertidores de todas las garantías necesarias para asegurar la identidad del delincuente, requiriéndose además la participación de un letrado que represente a la persona que va a ser identificada y que pueda establecer la exigible contradicción en esa fase procedimental (cfr. Sentencias de 14 de marzo de 1990 y 31 de enero y 27 de septiembre de 1991)'.⁸⁵

"Por lo tanto, el reconocimiento fotográfico no tiene ningún valor por sí solo, sino que precisa su confirmación mediante un reconocimiento en rueda. Sólo así queda conformado como una prueba sumarial preconstituida"⁸⁵.

En conclusión, cuando no hay dudas sobre la identidad del indiciado, obviamente la identificación se entiende lograda, de modo que en tales hipótesis la diligencia de reconocimiento fotográfico o en fila de personas, según el caso, resultan superfluas⁸⁶.

Adicionalmente,

Uno: La apreciación y el poder demostrativo del reconocimiento fotográfico o videográfico, no son aspectos que se determinen a partir de si el acta o documento que recoge la ocurrencia de tal acto investigativo, es introducido al juicio, lo relevante es si los testigos dan cuenta en el juicio de la ocurrencia de un señalamiento en esa forma, afirmación que entra a formar parte integral de la prueba testimonial.

Dos: Para acreditar un reconocimiento fotográfico o videográfico, no es menester que siempre y en todos los casos se integre el documento en el que se consigna la realización de ese acto investigativo.

Tres: La prueba del reconocimiento fotográfico no la constituye el acta que lo documenta, sino que lo constituye la afirmación del testigo que narra en el juicio oral que ese hecho aconteció, luego, su poder demostrativo dependerá de si el testimonio ofrece los datos suficientes para concluir que el reconocimiento es confiable y no el producto de alguna clase de sugestión de los investigadores hacia el testigo reconocente o de una errada o deficiente percepción del testigo, etc.⁸⁷.

16. CONCLUSIÓN

Se ha de revocar el auto objeto de censura para en su lugar impartir aprobación a la negociación presentada.

17. RESOLUCIÓN

⁸⁵ Climent Durán Carlos. *La prueba penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999, pp. 1115-1116.

⁸⁶ CSJ SP, 29 agosto 2007, rad. 26.276; CSJ SP 345-2019, rad. 52.983 de 13 febrero 2019.


⁸⁷ CSJ SP4107-2016, rad. 46.847 de 6 marzo 2016.

LA SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, (i) SE APARTA del precedente fijado en la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, según las razones expuestas; **(ii) SE REVOCA EL AUTO** de fecha 18 febrero 2019 (f. 195) por medio del cual el señor Juez 10 Penal del Circuito de Medellín improbo la negociación presentada, para en su lugar **impartir aprobación al acuerdo presentado entre las partes**, por las razones consignadas en este proveído; **(iii) se DEVUELVEN** las diligencias despacho de origen; **(iv)** esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

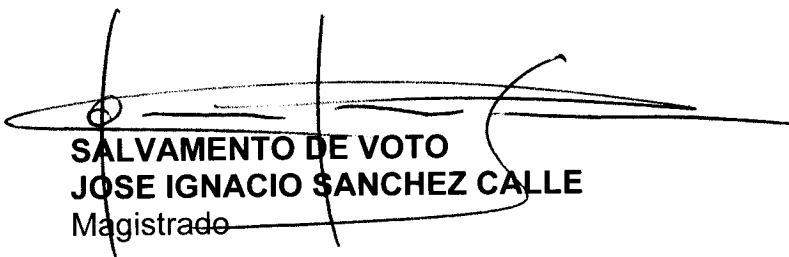
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



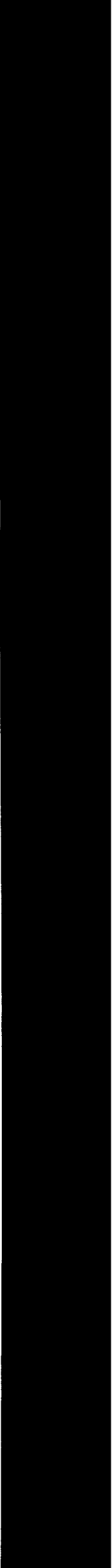
NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

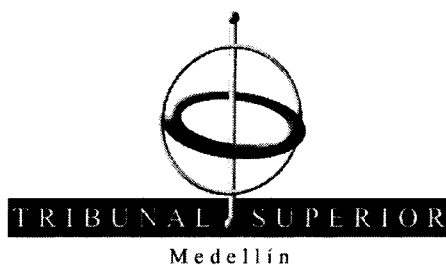


HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO
JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado





SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2019-18681
Procesado: Kevin René Vega Buitrago
Delito: Receptación (Hurto)
Asunto: Fiscal y defensor recurrieron decisión que improbo preacuerdo
Asunto: Salvamento de voto
M. Ponente: Nelson Saray Botero.

De manera respetuosa con los magistrados que componen la Sala Mayoritaria, expongo las razones por la que salvo el voto en la providencia que revoca la decisión del 18 de diciembre de 2019, por la cual el Juez Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, improbo el preacuerdo que la Fiscalía General de la Nación celebró con el imputado.

En la actualidad no se discute la facultad excepcional, por supuesto, del operador judicial para ejercer control material sobre las formas de terminación anticipada de una causa penal.

En la providencia SP931-2016, radicación 43356, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó las facultades y límites del juez de conocimiento en el sistema de naturaleza acusatoria previsto en la Ley 906 de 2004 y entre muchos argumentos expuso:

*"(...) ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, **podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.***

(...)

"(...) respecto de los controles que en particular debe efectuar el funcionario de

conocimiento dentro de la verificación de la legalidad del preacuerdo (además de la concurrencia de evidencia mínima suficiente para llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la participación y responsabilidad del procesado en los hechos materia de imputación, según lo establecen el inciso final del artículo 327¹ y el inciso 1º del artículo 381² de la ley 906 de 2004), tanto la jurisprudencia constitucional como la de la Sala se han referido a la debida consonancia que debe haber entre la situación fáctica atribuida por la Fiscalía y la calificación jurídica que de la misma este organismo plasme en el escrito correspondiente.

(...)

Por otro lado, la Sala, a partir del fallo de fecha 19 de octubre de 2006³, ha sostenido una línea jurisprudencial según la cual, **tanto en materia de allanamientos como de preacuerdos y negociaciones, el respectivo funcionario judicial deberá verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos:**

“El descuido [...] también debe ser cargado a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Equivocadamente, algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6 y 351 inciso 4º del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran la de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamenta-les por el artículo 29 de la Carta Política”⁴.

(...)

*“(...) En este orden de ideas, si 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 de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación.*

(...)

Dígase, entonces, que la actuación del funcionario de conocimiento, al entrar al estudio del preacuerdo, encuentra su razón de ser en que ese mecanismo de terminación anticipada no legitima al fallador para emitir

¹ “Artículo 327-. / [...] los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

² “Artículo 381-. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”.

³ Radicación 25724.

⁴ Sentencia de 19 de octubre de 2006, radicación 25724.

una condena que haga caso omiso de los antecedentes del proceso, pues no puede perderse de vista que la prevalencia del derecho material y las garantías fundamentales también rigen en los casos de sentencia anticipada.

*“(…) Por lo tanto, **como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha fijado**, el examen de los términos del preacuerdo no se limita a la revisión de los requisitos meramente formales, sino que **incluye el control de legalidad de lo acordado; es decir, que su función es la de constatar si lo pactado entre el acusador y el imputado o procesado no desconoce garantías fundamentales**, o bien si sus precisos términos son en verdad susceptibles de consenso”. (Negrillas fuera de texto)*

En el radicado 05-001-60-00206-2017-59594, auto de segunda instancia la Sala de Decisión Penal que preside el suscrito anuló y devolvió la aprobación de un preacuerdo, entre otras, por las siguientes razones⁵.

*“(…) Una lectura cuidadosa del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal⁶ que establece el principio de congruencia como límite al poder punitivo, permite sostener que **el procesado debe ser condenado por el delito que realmente cometió –congruencia real o material-** y no por el delito **según la calificación jurídica del delegado de la Fiscalía General de la Nación –congruencia formal-** aunque el proceso termine **anticipadamente**, es decir sin la práctica probatoria propia del juicio oral.*

*Cuando la norma dispone que “(…) El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación” está significando que **la sentencia de condena**, consecuencia del trámite ordinario o anticipado -no hay diferencia- **se edifica a partir de los hechos materialmente ejecutados y no de los hechos jurídicamente calificados.***

“(…)”

*Ahora, la conclusión anterior: **que el procesado reciba condena por el punible que realmente cometió no puede variar** –principio de igualdad- porque **la situación jurídica se defina en virtud de allanamiento o de preacuerdo**, y la responsabilidad como la tipicidad se verifiquen no con pruebas, propio del juicio oral, sino con elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida en los términos que exige el inciso tercero del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal⁷.*

El principio de estricta legalidad como garantía para el procesado de un lado y deber de control para el operador judicial de otro, se corresponde a

⁵ Aprobada acta 80. Sesión del 14 de agosto de 2019. Leído el 21 mismo mes y año.

⁶ **Artículo 448. Congruencia.** El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

⁷ Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

(…)

*La aplicación del principio de oportunidad y **los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.** (Negrilla fuera de texto)*

los hechos acreditados con pruebas o con elementos materiales probatorios y evidencia física. **Cuando el justiciable se allana o preacuerda su responsabilidad, renuncia al derecho a no autoincriminarse y al juicio oral⁸, pero no renuncia a la verdad, ni a los hechos que se verifican de los elementos de prueba aportados a la causa.**

“(....)”

Consecuente con los anteriores argumentos del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, **cuando el juez de conocimiento al que se le expone un preacuerdo, verifica que la calificación jurídica de los hechos sobre los que se estructuró la negociación, desconoce el principio de estricta legalidad, no le queda otra alternativa que improbar el acercamiento de las partes para terminar anticipadamente la causa, exponiendo las razones jurídicas y fácticas que le permiten esa conclusión**”. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Como se ve entonces, en el sistema de tendencia acusatoria previsto en la Ley 906 de 2004, el Juez Penal con funciones de conocimiento puede y debe, cuando las circunstancias así lo determinan, rechazar y devolver la terminación anticipada de un proceso penal.

En providencia de segunda instancia, AP5151-2016, radicación 48204, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, aclaró:

“(....) De conformidad con lo expuesto, **si en ejercicio del control constitucional y legal que ejerce el juez con funciones de conocimiento sobre la aceptación de cargos del imputado –unilateral o consensuada–, éste advierte la violación del principio de presunción de inocencia, porque no se cuenta con el mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la tipicidad de la conducta y la autoría o participación en ella por parte del investigado, no le queda otro camino al funcionario judicial que anular la aceptación unilateral de cargos o improbar el preacuerdo suscrito con la fiscalía y, en ambos casos, disponer la remisión del asunto al ente acusador para que se reponga la actuación irregular o se retome el procedimiento ordinario, dependiendo del caso en particular**” (Negrillas fuera de texto)

⁸ El numeral i) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, prevé:

“(....) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

En el *sub examine*, a juicio del suscrito, acertó el Juez Décimo Penal del Circuito cuando improbió el preacuerdo que la Fiscalía General de la Nación celebró con el justiciable, pues a pesar de que el sujeto agente fue capturado en posesión de dos teléfonos móviles con reporte de hurto, lo que formalmente concuerda con la descripción del tipo penal de Receptación previsto en el artículo 447 del Código Penal⁹, de la evidencia que presentó el mismo delegado se desprende otra hipótesis fáctica y por ende una calificación jurídica diferente, que no puede ser ignorada por ningún operador judicial.

La comisión del punible contra la administración de justicia es dudosa, y ahí la legitimidad de la intervención del juez, por cuando los dispositivos móviles en poder del procesado fueron hurtados a los tenedores legítimos el mismo día y con un intervalo de tiempo muy corto en relación con el momento en que fue capturado y bajo un *modus operandi* en la ejecución de los tres hurtos es muy similar.

El sujeto agente fue capturado el primero de agosto de 2019 a las 3:15 p.m. cuando cometía un hurto en el sector Belén Granada de esta ciudad. En esa ocasión hallaron en su poder dos celulares que habían sido hurtados a la 1:00 y 2:30 p.m. de ese mismo día.

En la ejecución de los hurtos la actuación del sujeto y las circunstancias son muy similares. El sujeto activo aborda a los ciudadanos; amenaza o les hace saber que porta un arma de fuego; finge ser miembro de una organización criminal; interactúa con las víctimas a quienes les atribuye la comisión de un hurto; solicita los teléfonos móviles y otros bienes de valor. Se quita el casco de seguridad para el uso de motocicleta y no le importa que las víctimas observen su rostro. Es decir, actúa con temeridad. En los tres eventos el sujeto agente obró solo; se desplazó en motocicleta y las víctimas tenían como factor común: eran varones de muy jóvenes.

⁹ **Artículo 447. Receptación.** El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Ahora, en la providencia de la Sala Mayoritaria, luego de la exposición teórica del control judicial a la acusación y legalidad del preacuerdo, en relación con la impugnación y los argumentos del *a quo* para improbar el preacuerdo y los argumentos que mencionó el delegado del Ministerio Público, se dice¹⁰:

"(...) En tema de la "feria" de Justicia, se debe destacar lo siguiente:

Uno: Que al señor CALEB SANCHEZ ORTIZ se le reintegró el aparato celular y a título de indemnización se le pagó la suma de \$420.000 (f. 72).

Dos: Se realizaron muchos y variados esfuerzos para localizar al señor HUMBERTO DE JESUS LOPEZ RAMIREZ (f. 72)

Tres: El señor HUMBERTO DE JESUS LOPEZ RAMIREZ expresó que ha sido plenamente indemnizado y que no está dispuesto a exponer a su hijo a una diligencia de reconocimiento en fila de personas "ya que lo pondríamos en riesgo" (f. 190).

Es decir, que el señor Fiscal 172 Seccional, doctor JAIRO TASCÓN GALLEGÓ, ha estado dispuesto a bridar todas las garantías de garantía de derechos a las víctimas. (Subrayas fuera de texto)

La anterior conclusión es válida pero no suficiente porque olvida que en los términos del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, también son derechos de las víctimas la verdad y la justicia¹¹. Garantías que en el asunto como se analizó no están satisfechas.

Por lo demás, jamás podría ser recibido el temor de la víctima a las represalias del procesado para dejar de investigar y esclarecer como corresponde la verdadera secuencia fáctica en la que se afectaron sus intereses.

El artículo 13 *ibídem*, dispone:

"(...) Artículo 133. Atención y protección inmediata a las víctimas. La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

¹⁰ Página 40 y ss.

¹¹ Artículo 137. intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la **verdad, la justicia y la reparación**, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas: (Negrillas fuera de texto)

"(...)

Radicado: 05-001-60-00206-2019-18681
Procesado: Kevin René Vega Buitrago
Delito: Receptación (Hurto)

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos. (Negritas fuera de texto)

De otra parte y en cuanto a: "(...) **EL AGOTAMIENTO DE OTRAS ALTERNATIVAS INVESTIGATIVAS COMO EL RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO E INCLUSO EL RETRATO HABLADO**" en la decisión mayoritaria se dijo:

*"(...) El señor Fiscal 172 Seccional, doctor JAIRO TASCÓN GALLEGO, ha considerado que **tales actos no son razonables en el caso concreto, y en ello tiene toda la razón.***

"(...)

*Esta clase de diligencias de reconocimiento (fotográfico y en fila de personas), es uno de los métodos legalmente establecidos **para identificar los autores o partícipes de una conducta materia de investigación** por la fiscalía en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente las personas imputadas.*

"(...)

Así pues, en los eventos en que no se tiene certeza sobre la identidad del autor de un determinado comportamiento, el solo reconocimiento fotográfico no resulta suficiente para dotar de eficacia demostrativa el señalamiento realizado ante los investigadores por la víctima o el testigo⁸¹.

El reconocimiento fotográfico puede ser uno de los métodos válidos para encauzar la investigación hacia una determinada persona, pero para que pueda tener algún mérito persuasivo en el juicio oral en relación con el señalamiento que el testigo realiza, es recomendable que durante la fase de investigación se practique la diligencia de reconocimiento en fila de personas "en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado", como forma de confirmar la identificación fotográfica llevada a cabo, y comportar de este modo un verdadero elemento material probatorio de cargo por parte de la fiscalía, el cual, de todos modos, necesariamente debe ser presentado a través de un testigo de acreditación, si es del caso (Art. 337.5. d, CPP)⁸²

***Tres:** La prueba del reconocimiento fotográfico no la constituye el acta que lo documenta, sino que lo constituye la afirmación del testigo' que narra en el juicio oral que ese hecho aconteció, luego, su poder demostrativo dependerá de si el testimonio ofrece los datos suficientes para concluir que el reconocimiento es confiable y no el producto de alguna clase de sugestión de los investigadores hacia el testigo reconocente o de una errada o deficiente percepción del testigo, etc.⁸ (Negritas originales. Subrayas fuera de texto)*

Al respecto se pueden destacar varias contradicciones. En efecto, si los actos de investigación que echaron de menos el juez de conocimiento y el delegado del Ministerio Público no son razonables en el caso concreto y el Fiscal tiene toda la razón como lo afirma la Sala Mayoritaria, porqué y luego del primer rechazo del preacuerdo, el delegado de la Fiscalía procedió por intermedio del investigador judicial a establecer si el

Radicado: 05-001-60-00206-2019-18681
Procesado: Kevin René Vega Buitrago
Delito: Receptación (Hurto)

justiciable fue la persona que el día de la captura perpetró los hurtos en el municipio de Envigado. En virtud del principio de no contradicción, una cosa no puede ser y no ser a la vez. El acto de investigación es razonable o no. Pero no puede tener las mismas calidades de manera simultánea.

Ahora, si el preacuerdo fue rechazado porque no se tiene certeza o claridad de la relación del procesado -autor, partícipe o ninguna- con el hurto de los bienes que tenía en su poder, y como lo dice la Sala Mayoritaria "*esta clase de diligencias de reconocimiento (fotográfico y en fila de personas), es uno de los métodos legalmente establecidos para identificar los autores o partícipes de una conducta materia de investigación*", no se entiende cómo es desacertado agotar esos actos investigativos, que no son los únicos, pues atendiendo los medios tecnológicos como el rastreo de llamadas y/o de cámaras de vigilancia se puede ubicar al justiciable en el municipio de Envigado en horas del mediodía y en consecuencia dilucidar su relación mediata -hurto- o inmediata -receptación- con los celulares que le incautaron.

Finalmente, no se puede desechar el acto investigativo de reconocimiento fotográfico o en fila de personas por insuficiente, ya que no es prueba, como se dice en la providencia, pues por tratarse de una terminación anticipada de la causa, la sentencia de condena no se edifica con pruebas sino con elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida.


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado
(Firmado en la fecha *ut supra*)