



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00206 2019 11103
Acusados	Wilson Sanmiguel Gallego Andrés Felipe Restrepo Cuartas
Delito	Homicidio Agravado. Art. 104-2, CP, para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes; en concurso sucesivo heterogéneo con porte ilegal de armas de fuego.
Víctima	José Ángel Muñoz Sepúlveda.
Hechos	10 mayo de 2019; 7:00 pm; transversal 51 A con la 67, cerca del barrio Carlos E. Restrepo de Medellín.
Juzgado <i>a quo</i>	Treinta (30) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín
Asunto	Apelación por medio del cual se aprueba negociación dictado el 6 septiembre de 2019 (f.183-184)
Consecutivo	SAP-A-2020-02
Aprobado por acta	Nº 007 de 28 enero de 2020
Audiencia de exposición	Viernes 7 de febrero de 2020; Hora:8:30 am.
Decisión	Confirma auto por medio del cual se aprobó la negociación con reconocimiento de rebaja de pena del Art. 30.3 CP (complicidad) a pesar de <b>no</b> estar probada.
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

Medellín, Antioquia, febrero siete (7) de dos mil veinte (2020)

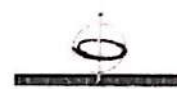
### 1. ASUNTO

Se resuelve recurso de apelación impetrado por la apoderada de víctimas, doctora NATALY PINO RAMIREZ, contra el auto que impartió aprobación a la negociación.

### 2. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según la acusación se concretan así: (f. 38- 41 co-1)

“Se desarrollan el 10 de mayo de 2019, aproximadamente a las 7:00 pm en la transversal 51 A con la 67, cerca del barrio Carlos E. Restrepo de Medellín



**Distrito Judicial de Medellín**

**ACTA DE AUDIENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA PENAL**

**FECHA  
INICIACIÓN**

**DE**

7	02	2020
DÍA	MES	AÑO

**FECHA  
FINALIZACIÓN**

7	02	2020
DÍA	MES	AÑO

SALA DE DECISIÓN PENAL N°	015	DISTRITO JUDICIAL	MEDELLÍN
NOMBRE DEL MAGISTRADO	NELSON SARAY BOTERO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO
SALA N°	16	HORA INICIACIÓN	08:30
		HORA FINALIZACIÓN	8:35

1. CÓDIGO ÚNICO DE INVESTIGACIÓN (CUI)														
0	5	0	0	1	6	0	0	0	2	0	6	2	0	1
Dpto. (DANE)	Municipio (DANE)	Entidad	Unidad Receptora	Año	Consecutivo									

2. NÚMERO INTERNO														
2	0	1	9	2	1	9	5	9	2					
Año	Consecutivo													

2. ACUSADO (S), TIPO DE AUDIENCIA									
CÉDULA N°	NOMBRES Y APELLIDOS				SEXO	DETENIDO		ASISTIÓ	
71.221.222	ANDRÉS FELIPE RESTREPO CUARTAS				M F	SI	NO	SI	NO
1.017.222.049	WILSON SANMIGUEL GALLEGU				X				X
TIPO DE AUDIENCIA	COD	DECISIÓN	RECURSO	HORA INIC.	HORA FINAL				
LECTURA DE AUTO		CONFIRMA							
TOTAL: Imputados o acusados					2	TOTAL FEMENINO	0	TOTAL MASCULINO	2

3. DELITO (S)		LUGAR HECHOS
1. HOMICIDIO AGRAVADO.		MEDELLÍN
2. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO.		
3. HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO		

4. ASISTENTES O PARTICIPANTES			
CALIDAD PARTICIPANTE	NOMBRES Y APELLIDOS		ASISTIÓ
FISCAL N° III°	Local		
	Seccional	X	
	Especializado		
DEFENSOR DE WILSON SANMIGUEL GALLEGU	Pedro Luis Gómez Henao		SI
DEFENSOR DE ANDRÉS FELIPE RESTREPO	Jelson Cardona Monsalve en sustitución de Héctor Mejía Ortiz		SI
APODERADO DE VÍCTIMAS (OCCISO)	Jose Hernán Yepes Cano		SI
APODERADO DE VÍCTIMAS (HURTO)	Bety Lorena Hoyos Ibarra		SI
PROCURADOR JUDICIAL II 122 PENAL	Nataly Pino Ramírez		No
	Luis Fernando Sanín Posada		SI

**5. OBSERVACIONES**





PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURIA 122 JUDICIAL II PENAL

Ministerio Público han pasado a ser menospreciados por los jueces, que se entienden depositarios absolutos de la verdad y la justicia.

### Corta referencia jurisprudencial:

Finalmente digamos que no es pacífica la posición que hoy sostiene la sala accionada, en sentencia del Tribunal Superior de Medellín MP Dr. JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE, radicación 2016-54179 de fecha 18-05-2017 se revocó un preacuerdo por situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, rechazando concesiones gratuitas de la Fiscalía que sacrificaban los derechos de las víctimas y en sentencia de la Corte Suprema de Justicia MP Dr. EYDER PATIÑO CABRERA radicado 46507 AP 5286-2017 de fecha 16 de agosto de 2017 se rechazó una rebaja de la mitad de la pena, como la que ocurrió acá vía preacuerdo, por el estadio procesal en que ocurrió, a saber en la audiencia preparatoria. Si de cumplir con el debido tratamiento de igualdad a las partes en las diversas jurisdicciones del país se tratare, sea del caso decir que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira-Risaralda ha venido sosteniendo una hipótesis más sensata en el punto debatido, con MP JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ a 12 de febrero de 2020, según acta 099, en el radicado 66001600003520150343101 confirmó decisión del Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento que invalidaba un preacuerdo por complicidad, ante carencia de elementos fácticos probados que lo sustentaran, en seguimiento expreso del carácter unificante de la sentencia SU 479 de 2019.

Así las cosas, la pretensión del suscrito tutelante es que se brinde coherencia al orden jurídico nacional, se guarde seguridad jurídica al sistema mediante la unificación que reclaman las sentencias C 1260 de 2005 y SU 479 de 2019, tutelando como se pretende hacer la decisión del Tribunal Superior de Medellín ya identificada, por la cual decidió apartarse expresamente de la sentencia de unificación SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional.

Atentamente,

LUIS FERNANDO SANÍN POSADA

PROCURADOR 122 JUDICIAL PENAL II

CC 70.559.365 de Envigado (Ant.)

Carrera 52 Nro. 42-73 Piso 22 oficina 2208 Edificio José Félix de Restrepo La Alpujarra Medellín

Teléfonos 018000940808 extensiones 41219 y 41298 Correos electrónicos

[lsanin@procuraduria.gov.co](mailto:lsanin@procuraduria.gov.co) y [lytero@procuraduria.gov.co](mailto:lytero@procuraduria.gov.co) celular 3108298048

Carrera 52 Nro. 42-73 Piso 22 Edificio José Félix de Restrepo Teléfono 018000940808 extensión 41219 correo electrónico [lsanin@procuraduria.gov.co](mailto:lsanin@procuraduria.gov.co) / [lytero@procuraduria.gov.co](mailto:lytero@procuraduria.gov.co) Medellín Antioquia



### Distrito Judicial de Medellín

La Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados **NELSON SARAY BOTERO**, quien la preside, **HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA** y **SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**, instala y da inicio a la audiencia de lectura de decisión de segunda instancia.

Se deja constancia que las partes fueron debidamente notificadas, según constancia que aparece en la carpeta.

Acto seguido se da lectura a la parte resolutive de la decisión de segunda instancia, mediante el cual el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

1. **SE APARTA** del precedente fijado en la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, según las razones expuestas;
2. **CONFIRMA EL AUTO** de fecha de 6 de septiembre de 2019, por las razones consignadas en este proveído, con la aclaración de que la condena es por el delito realmente cometido y además aceptado;
3. Se **DEVUELVEN** las diligencias a efectos de continuar con la actuación procesal;
4. Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado Ponente

Elaboró: Sebastián Robledo



al llegar a dicha dirección en un taxi MARIA GRACIELA TUBERQUIA, JORGE ANTONIO ACEVEDO, VALENTINA VALENCIA y ELIZABETH TUBERQUIA, fueron asaltados por varios sujetos que se movilizaban en dos motos, estos les exigen la entrega del dinero y los bolsos, hurtándose aproximadamente \$1.650.000 en efectivo, celulares y bolso, para una cuantía total de \$2.265.000.

El señor JOSE MIGUEL MUÑOZ quien se encontraba departiendo con familiares en su negocio al frente del sitio del asalto, toma un bate y agrede al parrillero de una de las motos, el que portaba un arma de fuego y este asaltante acciona el arma impactando en el rostro a JOSE MIGUEL MUÑOZ quien fallece minutos después por la lesión ocasionada con el proyectil. El joven STEWARD MUÑOZ, hijo de JOSE MIGUEL sale a defender a su padre y se percata que a los asaltantes se le cae el arma de fuego por lo que la recoge y les dispara con la ayuda de otras personas logran capturar a dos de los asaltantes que se movilizaban en la moto de placa ISB 63 C. Los vecinos del lugar golpean a los dos asaltantes, minutos después la Policía llega y los captura”.

En desarrollo de las audiencias preliminares se les formuló imputación en calidad coautores por los delitos de: **homicidio agravado** Art. 103 y 104 #2 *“para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los coparticipes”* #7 *“colocando a la víctima en condiciones de inferioridad o aprovechándose de esta situación”*; en concurso sucesivo heterogéneo con el delito de **fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones** Art. 365 del CP en la modalidad de portar, agravado por el #1º *“utilizando medios motorizados”* y por el delito de **hurto calificado y agravado** Art. 239, 240 inciso 2º cuando se cometiere con violencia sobre las personas, agravado por el Art. 241 #10 *“(…) o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”*.

Se les impuso medida de detención en centro carcelario.

El 25 de julio de 2019, se formuló acusación en contra de los implicados donde se mantuvo la imputación.

### 3. TÉRMINOS DEL ACUERDO

En sesión de 6 septiembre 2019, previo a la instalación de la **audiencia preparatoria**, el señor Fiscal 111 seccional, doctor PEDRO LUIS GOMEZ HENAO, informó a la judicatura que llegó a un acuerdo con la defensa, por lo que se varió el objeto de la audiencia.

El representante Fiscal expone a la judicatura los términos del acuerdo, para lo cual señaló:

“(05:01) El preacuerdo **se les otorgaría la complicidad y él acepta los cargos por los cuales fue acusado**, entonces, el homicidio agravado quedaría en 400 meses de prisión que es la pena más grave y de ahí se parte; porte de armas agravado quedaría 216 meses de prisión, el mínimo; y, el hurto calificado y agravado en 144 meses de prisión; pero, como hubo indemnización se rebaja la mitad quedando en 72 meses de prisión.

Aquí aparece el recibo de consignación del incremento patrimonial, la indemnización, quedaría dándole en 72 meses de prisión para el hurto calificado y agravado.

Se parte entonces de la pena más grave 400 meses se incrementan 30 meses por el porte de armas agravado y por el delito de hurto calificado y agravado con la rebaja por haber indemnizado se imponen 14 meses **para un total de 444 meses de prisión y se rebaja la mitad por la complicidad para una pena total de 222 meses; 18 años, 6 meses.** Se le prohíbe el porte y tenencia de armas de fuego por un período de 12 meses no tiene derecho a ningún subrogado ni a prisión domiciliaria. (06:06)"

Se entiende entonces que, **se degradó la modalidad de la conducta de autor a cómplice.**

**Se pactó pena en 222 meses de prisión.**

Se prohíbe el porte y tenencia de armas de fuego por un período de 12 meses. No se acuerdan subrogados penales.

#### **4. INTERVENCIÓN DE LOS APODERADOS DE VÍCTIMAS DEL DELITO DE HOMICIDIO**

La representante de víctimas, doctora NATALY PINO RAMIREZ, se opone a la negociación así:

La **reparación** se hizo a las personas víctimas del delito de hurto, pero no sucedió lo mismo con las víctimas del delito de homicidio que es el delito más grave.

No puede tasarse la pena, sobre los primeros cuartos como lo estimaron Fiscalía y Defensa, porque concurren dos circunstancias agravantes y por lo menos tres de mayor punibilidad, según la acusación.

No hay verdad, justicia y reparación, que son finalidades del proceso penal.

La pena pactada no es proporcional frente a los hechos acaecidos.

El representante de víctimas, doctor OSCAR ANDRES BUCHELI HOYOS, expone lo siguiente: *"Dado que se llegue a dar un preacuerdo se imparta legalidad en el último cuarto de punibilidad que sería de 45.83 a 50 aumentándole un poco más a los otros; y si se realiza un preacuerdo se tenga en cuenta el Art. 352 únicamente y no las anteriores formas de hacer preacuerdo que sea en rebajar hasta en una 1/3 parte".*

#### **5. INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA**

El delegado Fiscal aduce que la pena pactada no es benévola, se partió de la pena mínima; en los preacuerdos no se tienen en cuenta los cuartos, ni las circunstancias de mayor punibilidad, se trata de humanizar la actuación, se impone una pena de 18 años la cual no es mínima; lo que se pretende con los preacuerdos es hacer efectiva la administración de justicia. Aquí se va a imponer una pena de 18 años que no es irrisoria.

## 6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El acuerdo fue aprobado por la *iudex a quo* quien afirmó que la negociación se ajusta a la legalidad; el beneficio otorgado es completamente viable; si bien se otea que el delegado Fiscal pudo ser un poco más estricto al pactar la pena, esta es legal y ejemplar son 18 años 6 meses.

## 7. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de víctima, doctora NATALY PINO RAMIREZ, solicitó que se revoque la decisión de primer grado por lo siguiente: (min. 20:49 a 29:24)

El ente acusador concedió una rebaja de pena benévola, cuando estamos frente a un delito de homicidio cuya pena mínima es de 400 meses; si bien dice el delegado Fiscal que no era importante partir de mínimos, ni tener en cuenta cuartos de movilidad y en apariencia la norma si lo permite, pero lo sustancial del asunto es ostensible que debió partirse por lo menos en un cuarto medio mayor, pues hay circunstancias de mayor punibilidad, por lo menos tres (3), además de eso, estamos frente a personas con antecedentes penales, lo cual hace entender que de ninguna manera debió partirse del cuarto mínimo.

Estamos frente a un concurso heterogéneo de conductas punibles, todas ellas agravadas, en el caso del delito de hurto no interesa si repararon perjuicios o no, interesa la pena señalada en la norma para esta clase de conductas que no se compadece con los 14 meses que incrementó la Fiscalía por este delito; si analizamos el porte ilegal de armas tiene una pena alta que parte de los 18 años y es desajustado pensar que pueda negociarse con 30 meses como se hizo.

Si bien el representante Fiscal obró dentro de las facultades conferidas por la Ley, también deben garantizarse los derechos de las víctimas; **una sanción de 18 años es irrisoria.**

Cuando se declaró la exequibilidad del Art. 352 se hizo claridad del monto en el cual se puede rebajar o reducir la pena vía preacuerdo en esta oportunidad con cualquiera de las condiciones que la Fiscalía quiera (complicidad) como sea no podía exceder de una 1/3 parte.

En la segunda intervención, la abogada de víctimas, insiste que la pena impuesta es irrisoria; cuestionó el otorgamiento de la rebaja por complicidad e increpa que con el acuerdo se desconocen los derechos de los afectados. (min.49:20-57:58:05)

## 8. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

El delegado Fiscal, como sujeto no recurrente señaló que la representante de víctima confunde dos figuras totalmente diferentes, la aceptación de cargos y el preacuerdo, en la primera el procesado tendrá derecho a la rebaja dependiendo el estado procesal en que acepte; en el preacuerdo, obtendrá un solo y único beneficio que se acuerde con la Fiscalía, este puede ser, otorgando complicidad, quitando un agravante o tipificando la conducta a modo de beneficio, por lo que la recurrente confunde la aceptación de cargos con el preacuerdo.

La Jurisprudencia ha señalado que cuando hay antecedentes penales se deben partir de cuartos medios o máximos, no mínimos; en este evento, la Fiscalía no dedujo circunstancias de mayor punibilidad.

Los incrementos por los concursos no fueron mínimos, sencillamente se partió de la pena más grave que era el homicidio y se incrementó por el porte de armas y el hurto 30 y 14 meses, respetivamente.

La negociación cumple con el principio de legalidad.

Los abogados de los implicados, coadyuvan la petición de la Fiscalía.

## 9. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resolverá las inquietudes de la representante de víctimas.

## 10. 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**<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CSJ STP 8478-2015, rad 80.469 de 2 de julio de 2015.

<sup>2</sup> CSJ SP rad 41.570; CSJ SP 13939-20147, 15 de octubre de 2014, rad. 42.184.



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 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).

## 11. 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 fiscal<sup>3</sup>.

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

<sup>3</sup> Radicado 41.570.

cualquier modificación legal o jurisprudencial, la directiva correspondiente deberá ajustarse a los cambios que surjan en el ordenamiento<sup>4</sup>.

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 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

<sup>4</sup> 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>

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"*<sup>5</sup>. 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 intervenciones<sup>6</sup> 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.

## **12. 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. 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.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005.

<sup>6</sup> Intervención de la Universidad Externado de Colombia. Folio 470 del cuaderno 3 del expediente T-6.931.099.



La Sentencia T-292 de 2006<sup>7</sup> 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 jueces<sup>8</sup>.

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”*.

**14. 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 punitivos<sup>9</sup>.

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	

<sup>7</sup> Reiterada en Sentencias T-794 de 2011, T-1033 de 2012, T-285 de 2013, entre otras.  
<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011 y SU-479 de 2019.  
<sup>9</sup> 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.

intrafamiliar, se deben imponer como sanciones accesorias las siguientes (Art. 43 CP y 51 inciso final):

*"10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar".*

*"11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.*

*"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).*

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.

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, *"la pérdida del empleo o cargos público"* en casos de corrupción según el delito realmente cometido, etc.

Los delitos por degradación o readecuación 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 readecuación 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 readecuación 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).

## 15. POR DISPOSICIÓN EXPRESA DEL LEGISLADOR SON CONCEPTOS DIFERENTES EL DELITO IMPUTADO Y EL DELITO NEGOCIADO<sup>10</sup>

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 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 víctima<sup>11</sup>.

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*”<sup>12</sup>, 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 penales<sup>13</sup>.

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

<sup>10</sup> Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>11</sup> Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>12</sup> CSJ SP-16935-2016, rad. 48.369 de 23 noviembre 2016.

<sup>13</sup> Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

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 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) <sup>14</sup>.

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 cometida <sup>15</sup>.

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:

<sup>14</sup> Aclaración de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.

<sup>15</sup> Salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016.



"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.

## 16. 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 crimen<sup>16</sup>.

Cuando hay decisiones contradictorias dentro de la misma, o diferentes jurisdicciones, se presenta una causal de procedibilidad de la acción de tutela<sup>17</sup>.

### **17. 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 sentencia<sup>18</sup>.

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 ejemplo<sup>19</sup>:

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

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1993.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 1997.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

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 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 calificado<sup>20</sup>, 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.

<sup>20</sup> 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.

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 efectivamente<sup>21</sup>.

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 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 inhabilidad 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**.

#### 18. 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"*

<sup>21</sup> 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 4º de la misma Carta de Derechos"*.



*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”.

#### **19. 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.

#### **20. 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.

## 21. 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 legalidad<sup>22</sup>.

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 pena<sup>23</sup>.

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.

## 22. 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 cargos<sup>24</sup>.

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

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, Salvamento de voto.

<sup>24</sup> CSJ STP 5498-2018, rad. 98.071 de 26 abril 2018.

como único beneficio, sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y del fallo<sup>25</sup>.

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 disminuyente 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 dolor<sup>26</sup>.

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"*<sup>27</sup>.

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.

### 23. 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.

<sup>25</sup> CSJ SP 13939-2014, rad. 42.184 de 15 octubre 2014; CSJ STP, 10 marzo 2016, rad. 84.761; CSJ SP, 1° 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.

<sup>26</sup> CSJ SP, 14 junio 2017, rad. 47.630; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

<sup>27</sup> CSJ SP, 15 octubre 2014, rad. 42.183; CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.

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 legalidad<sup>28</sup>.

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 pena<sup>29</sup>.

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.

#### 24. 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 Penal<sup>30</sup>.

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**”.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 noviembre 2016, Salvamento de voto.

<sup>30</sup> 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.



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 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'**<sup>31</sup>.

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"*.

## **25. 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 negociación<sup>32</sup>.

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

## **26. 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.

<sup>31</sup> CSJ SP, 27 octubre 2008, rad. 29.979; CSJ SP 931-2016, de 3 febrero 2016.

<sup>32</sup> CSJ SP, 26 enero 2005, rad. 15.834.

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"*.

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 directrices<sup>33</sup>.

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"<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> CSJ SP 13939-2014, rad. 42.184 de 15 octubre 2014.

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.

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.

## 27. 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*”.

## 28. 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 víctima<sup>35</sup>.

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 mínimas<sup>36</sup>.

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

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> CSJ STP 8634-2018, rad. 99.166 de 28 junio 2018.



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 medidas<sup>37</sup>.

## 29. SOBRE LA NEGOCIACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Aquí el preacuerdo expuesto por el defensor y el Fiscal Seccional a la señora Jueza de la causa cumplió con los presupuestos para su aceptación<sup>38</sup>.

**En primer lugar**, el acuerdo no vulneró derechos fundamentales de los pactantes, la Jueza en ningún momento se refirió a tal aspecto ni lo argumentó, por el contrario, pudo verificar la renuncia de derechos por parte de los implicados. La Sala tampoco constata que haya vulneración de garantías fundamentales.

Así que un acuerdo que se sujeta a la ley es obligatorio para el Juez de la causa (Art. 351.4 CPP).

**En segundo lugar**, aquí se reconoció una circunstancia a efectos de obtener una pena menor, lo cual es procesalmente viable<sup>39</sup>, así como pactar pena.

**En tercer lugar**, cuando las partes optan por celebrar un pacto sobre las consecuencias jurídicas y acuerdan el monto de la pena, no se aplica el sistema de cuartos.<sup>40</sup> Entonces, si el sistema de cuartos no aplica en las negociaciones ningún obstáculo hay para que las partes pacten una pena de 222 meses.

**En cuarto lugar**, el titular de la acción penal es la Fiscalía General de la Nación (Art. 250 C. Pol.); el *nomen iure* lo hace la Fiscalía de acuerdo a los hechos que considere probados y de los cuales tenga prueba.

**En quinto lugar**, Las verificaciones que debe realizar el juez en la negociación son las siguientes<sup>41</sup>: (i) la validez del proceso, esto es, que no se vulneren

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-361 de 2018.

<sup>38</sup> "Es indispensable que el acuerdo haya sido el producto de la manifestación voluntaria del sujeto pasivo de la acción penal lo cual implica la ausencia de cualquier forma de intimidación para lograrlo; que los mecanismos de negociación sean transparentes lo que equivale a excluir cualquier maniobra que implique engaño para lograr la declaración de responsabilidad del imputado o acusado; que el contenido del acuerdo sea exacto, vale decir, sin posibilidades de entenderlo de manera distinta a como lo manifestaron quienes lo llevaron a cabo; pero además, que el imputado o acusado tenga claro las consecuencias del acuerdo porque no ha de olvidarse que con su postura de declararse culpable renuncia a derechos fundamentales como la no autoincriminación, el derecho constitucional al juicio, el derecho a contrainterrogar a los testigos y en general al ejercicio del derecho de contradicción; en otros términos, ha de ser una decisión inteligente y libre". HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto; BARBOSA CASTILLO, Gerardo. XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre. 2004, p.180

<sup>39</sup> "«Es cierto que en los preacuerdos los delegados de la Fiscalía General de la Nación están inhabilitados para crear tipos penales y para calificar jurídicamente los hechos de manera contraria a la ley penal preexistente, dado el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional en C.C. C-1260/05, pero sí están facultados para que, en aras de sacar adelante las negociaciones, adecuen la conducta en una descripción típica relacionada, que comporte una pena menor, siempre que las circunstancias fácticas no sean alteradas.»

<sup>40</sup> Artículo 61 del Código Penal, modificado por el artículo 3° de la ley 890 de 2004, CSJ AP 7 feb, rad. N°26448.

<sup>41</sup> CSJ SP rad. 25.248 de 05-10-06, Rad. 25.108 de 30-11-06, Rad. 29.979 de 27-10-08, Rad. 32.865 de 25-08-10, Auto Rad. 34.829 de 27-04-11, Auto Rad. 37.209 de 23-11-11

garantías fundamentales; (ii) la validez de la aceptación de responsabilidad (Art. 8, L), esto es, que sea voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, exento de vicios del consentimiento, asesorado por abogado; o cualquier circunstancia análoga debidamente probada (C-1260/05 y CSJ AP rad. 37.209 de 23-11-11); (iii) que exista fundamento razonable que desvirtúe la presunción de inocencia, es decir, que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad y (iv) verificar la legalidad de la calificación jurídica de las conductas objeto de condena (Auto Rad. 37.209 de 23-11-11).

En el *sub examine* la funcionaria de primer grado realizó las verificaciones pertinentes.

### 30. SOBRE EL ARTÍCULO 349 DEL CPP EN LA NEGOCIACIÓN

Expresa el canon 349 de la Ley 906 de 2004:

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

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-059 de 3 febrero 2010.

Se expresó en la mencionada sentencia de constitucionalidad: *"En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales"*.

Según esta norma, el fiscal del caso deberá establecer probatoriamente este aspecto, a efectos de una posible negociación, pues el valor no es de libre creación de las partes<sup>42</sup>.

No se puede confundir el reintegro del incremento percibido producto del delito con la indemnización de los daños causados a la víctima de aquél, rubros independientes que tienen naturalezas jurídicas distintas.

El incremento patrimonial se constató para el delito de hurto, mas no para los otros delitos.

De todas maneras, para el punible de homicidio la parte interesada podrá acudir al incidente de reparación integral de perjuicios.

### 31. LOS CUARTOS DE MOVILIDAD

<sup>42</sup> CSJ SP 16247-2015, rad. 46.688 de 25 noviembre 2015.

Si bien es cierto que en negociación no se aplica los cuartos de movilidad según la parte final del Art. 61 de Código Penal, sin embargo, se debe precisar que la ubicación depende de las circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 de CP y las de menor punibilidad del Art. 55 del C.P., no dependen, en modo alguno, de las circunstancias específicas de agravación para cada delito.

La explicación es así:

UBICACIÓN SEGÚN EL AMBITO DE MOVILIDAD SELECCIONADO			
CSJ SP 6699-2014, rad. 43.524 de 28 mayo 2014; CSJ SP 11876-2017, rad. 41.467 de 2 agosto 2017; CSJ SP 3630-2018, rad. 50.981 de 28 agosto 2018; CSJ SP 338-2019, rad. 47.675 de 13 febrero 2019.			
CUARTO MÍNIMO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
El juzgador se ubica en el primer ámbito de movilidad, si no existen circunstancias genéricas de menor punibilidad ni de mayor punibilidad o concurren únicamente las de menor punibilidad (Art. 55 CP).  Pero ello no quiere decir que la pena deba ser en el extremo mínimo del primer ámbito de movilidad	El juzgador se ubicará en el segundo cuarto cuando las circunstancias de menor punibilidad (Art. 55 CP) superan a las circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 CP), o al menos son iguales en cantidad.	El juzgador se ubicará en el tercer cuarto cuando las circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 CP) superan en cantidad a las de menor punibilidad (Art. 55 CP).	El juzgador se ubicará en el último ámbito de movilidad, cuando únicamente concurren circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 CP).  Es suficiente la concurrente de una sola circunstancia del Art. 58 del C.P.  (CSJ SP 6699-2014, rad. 43.524 de 28 mayo 2014; CSJ SP 379-2018, rad. 50.472 de 2 febrero 2018; CSJ SP 2450-2018, rad. 51.795 de 13 junio 2018).
<b>Nota:</b> La infracción de esta sencilla regla puede generar una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela (CSJ STP 5390-2014 de 29 abril 2014).			

32. CONCLUSIÓN

Expresamente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín se aparta del precedente fijado en la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, según las razones expuestas.

Con respecto a la negociación, se encuentra que el acuerdo presentado cumple con los presupuestos legales para impartir aprobación.

Se aclara que la condena es por el delito realmente cometido, como se dijo en la negociación, que el implicado **“acepta los cargos por los cuales fue acusado”**, simplemente que la pena se determina según el canon de la complicidad.

## 33. RESOLUCION

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) **CONFIRMA EL AUTO** de fecha 6 de septiembre de 2019, por las razones consignadas en este proveído, con la aclaración que la condena es por el delito realmente cometido y además aceptado; (iii) se **DEVUELVEN** las diligencias a efectos de continuar con la actuación procesal; (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

— EN PERMISO —  
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA.  
Magistrado