



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

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

**SP1289-2021**

**Radicación n° 54691**

Aunque se comparte la decisión de casar el fallo impugnado, en orden a anular una actuación notoriamente irregular, resulta imperioso hacer varias aclaraciones, orientadas a evitar que la presente decisión de la Sala genere confusión frente a varios aspectos medulares del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004. Lo anterior, con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria.

Es acertada la tesis mayoritaria, según la cual la Fiscalía, sin ningún fundamento, durante la acusación suprimió las dos circunstancias de agravación que había incluido en la imputación, atinentes a la indefensión en que se encontraba la víctima y al género de esta.

También es correcto lo que se plantea sobre los efectos de esa actuación irregular en el acuerdo que posteriormente fue formalizado, en el que se le concedió al procesado la rebaja correspondiente al estado de ira.

Sin embargo, se deben aclarar dos cosas frente al acuerdo en mención: (i) puede inferirse razonablemente que la supresión de las agravantes constituyó un beneficio velado, al que se aunó el descuento punitivo ya mencionado; (ii) además de esta ilegal acumulación de beneficios, la rebaja punitiva asociada al estado de ira es en sí misma desproporcionada, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, relacionadas en la decisión CSJSP, 52227 de 2020; y (iii) aludir al estado de ira, así sea para calcular la pena, resulta agravante para la víctima y totalmente alejado de la perspectiva de género, simple y llanamente porque se da a entender que fue la mujer quien provocó su muerte, cuando todo indica que la agresión se produjo por un acto de discriminación, esto es, que a la víctima se le segó la vida por su condición de mujer.

En respaldo de la primera conclusión (*la supresión de las agravantes constituyó un beneficio velado*), se tiene lo siguiente: (i) esta decisión de la Fiscalía es totalmente contraria a las evidencias con las que contaba al realizar el juicio de acusación, como muy bien lo resaltó la Sala en la postura mayoritaria; (ii) igualmente, esa decisión es notoriamente ilegal, como quiera que contraviene groseramente la ley y su

respectivo desarrollo jurisprudencial, como también se explica en el fallo; (iii) la Fiscalía no justificó ese cambio, ni aclaró, como era su deber, si el mismo correspondía a un beneficio o la adecuación del asunto a la estricta legalidad; y (iv) prácticamente no existió solución de continuidad entre la decisión de la Fiscalía de suprimir de esa forma las referidas agravantes, y la presentación del acuerdo en el que se le concedían otros beneficios al procesado.

Lo anterior, bajo la idea de que la arbitrariedad de las actuaciones de una parte, en este caso de la Fiscalía, puede establecerse a partir de inferencias, siempre y cuando las mismas cumplan los estándares desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, entre ellos, la debida acreditación de los hechos indicadores, la corrección lógica del paso de los datos a la conclusión, bien que se haga a partir de máximas de la experiencia o de la convergencia y concordancia de hechos indicadores, entre otros.

Y, ello es así, porque si se acepta pacíficamente que la “*prueba indiciaria*” puede servir de soporte de una condena, con mucha más razón puede utilizarse para establecer la existencia de este tipo de comportamientos al interior del proceso.

Por tanto, la solución más adecuada, sencilla y acorde al ordenamiento jurídico, se reducía a la invalidación de lo

actuado por el Juzgado y el Tribunal frente al acuerdo ya mencionado, bajo el entendido de que el mismo era ilegal por la pluralidad de beneficios, la rebaja desmedida que se logró con la invocación de la referida circunstancia de atenuación y la alusión a un estado de ira totalmente contrario a la dignidad de la víctima y la perspectiva de género que debió imprimírsele a la actuación.

Sin embargo, la Sala, en su mayoría, para justificar la nulidad decidió trasegar otro camino, concretamente el del control material a la acusación. Ello también amerita algunas precisiones.

En la postura mayoritaria se dejó por fuera un tema de mucha importancia, atinente a la diferencia entre el control a la acusación, como acto de parte que debe realizarse en la audiencia regulada en los artículos 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y el “control” a la acusación, entendida como pretensión, que ocurre al emitir la sentencia, bien en el trámite ordinario o cuando el procesado se allana a los cargos o celebra un acuerdo con la Fiscalía (CSJSP, 52227 de 2020, entre otras).

Las diferencias de estas dos actuaciones del juez son notorias y determinantes para mantener la estructura del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, por razones que también han sido desarrolladas por la jurisprudencia,

entre ellas: (i) aunque en los primeros proyectos de acto legislativo se previó un control material a la acusación, entendida esta como el acto comunicacional regulado en las normas atrás citadas, finalmente esa posibilidad fue eliminada bajo el argumento de brindarle mayor autonomía a la Fiscalía y evitar injerencias de los jueces en esta actuación asignada constitucional y legalmente a dicha entidad; (ii) en los proyectos iniciales, ese control le fue asignado al juez de control de garantías, pues resulta claro que no podría estar a cargo del juez de conocimiento, ya que ello podría comprometer su imparcialidad, bien por tener acceso a las evidencias antes del juicio oral y/o por la emisión de juicios anticipados sobre el fondo del asunto; (iii) la decisión del constituyente derivado, de excluir ese tipo de control, explica por qué en el texto final de la ley no se incluyó un escenario procesal para su realización, ni se le asignó esa función a un juez en particular -en otros países ello está asignado al juez de la etapa intermedia, a un jurado en particular, etcétera- (CSJSP, 56505 de 2020, entre otras).

En la misma línea, la Sala también ha destacado los elementos estructurales del juicio de acusación, sobre los que hipotéticamente podría recaer el control material que finalmente fue eliminado del acto legislativo que sirvió de base a la vigente reforma procesal, a saber: (i) la delimitación de la hipótesis factual; (ii) el respaldo de la misma en las evidencias físicas y demás información recopilada por la Fiscalía, según el estándar fijado por el legislador en el artículo 336; y (iii) la respectiva calificación jurídica (*ídem*).

La Sala ha hecho hincapié en que frente a estos aspectos solo procede una suerte de control material a la acusación (entendida como la actividad de parte regulada en los artículos 336 y siguientes) cuando la calificación jurídica resulte manifiestamente ilegal. Ello es así, por las siguientes razones: (i) en esa audiencia, el juez de conocimiento no podría realizar un control sobre los fundamentos “probatorios” de la acusación, porque ello implicaría que la Fiscalía le expusiera el contenido de las evidencias y demás información recopilada durante la investigación y que el juez emitiera un juicio anticipado sobre la fundamentación del llamamiento a juicio, lo que comprometería su imparcialidad; y (ii) algo muy distinto sucede con las calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales, porque estas se hacen notorias con la simple comparación de los hechos jurídicamente relevantes narrados por la Fiscalía y la calificación jurídica que les atribuye.

La Sala ha resaltado que algo muy diferente ocurre cuando el juez **emite sentencia**. En ese momento, al juzgador le compete analizar la acusación, como pretensión, y para ello, como es apenas natural, tiene acceso a los fundamentos de la misma, esto es, a las pruebas prácticas en el juicio (*en el trámite ordinario*) o a las aportadas por la Fiscalía, en los casos de acuerdo o allanamiento a cargos.

En todo caso, se trata de funciones judiciales muy diferentes, cuyo sentido y alcance está determinado por la fase procesal en la que deben surtirse y el diseño mismo del modelo de enjuiciamiento criminal, tal y como se acaba de indicar.

Sobre esta base, deben hacerse las siguientes precisiones frente a lo resuelto en la postura mayoritaria: (i) la Corte, al resolver el recurso extraordinario de casación, esto es, al revisar la **sentencia** impugnada, realizó un profundo análisis de la actuación de la Fiscalía, que abarcó los tres aspectos centrales del juicio de acusación, esto es: a) la selección de la hipótesis factual, b) su respaldo en las evidencias recopiladas durante la investigación, y c) la calificación jurídica por la que optó el acusador; (ii) la Sala pudo realizar ese análisis porque conoció de este asunto **en razón de un fallo**, lo que explica por qué tuvo ante sí las evidencias presentadas por la Fiscalía para sustentar su solicitud de condena anticipada; y (iii) si este análisis se hubiera surtido en la fase de acusación, la Sala, al igual que el Juzgado, no hubiera podido conocer las evidencias que sirvieron de soporte al llamamiento a juicio, salvo que se diga que en dicha audiencia el juez puede acceder a esa información, lo que está descartado con la actual reglamentación del proceso penal en Colombia.

Al estudiar la acusación, como pretensión, con el consecuente acceso a las pruebas, la postura mayoritaria

parece haberse adentrado en un novedoso problema jurídico, que no fue identificado y, por tanto, no fue objeto de un desarrollo puntual. Dicho problema podría formularse de la siguiente manera:

¿Qué debe hacer el juez de conocimiento si al emitir la sentencia se percata de que la Fiscalía, al estructurar la imputación y/o la acusación, actuó sin objetividad y en contravía del ordenamiento jurídico, y con ello dio lugar a la vulneración de los derechos fundamentales de víctimas de graves atentados contra los derechos humanos, dando lugar a un beneficio ilegal para el procesado?

Debe aclararse que la Sala se ha ocupado ampliamente de este tipo de actuaciones, cuando las mismas afectan los derechos del procesado, y ha precisado reglas como las siguientes: (i) si a pesar de las irregularidades los cargos no son demostrados, procede la absolución; y (ii) de lo contrario, puede optarse por la nulidad.

En este caso el problema es muy diferente, porque las irregularidades de la Fiscalía no afectaron al procesado –*lo beneficiaron*–, sino a la víctima, bajo el entendido de que se trata de un grave atentado contra los derechos humanos, materializado en el homicidio de una mujer en razón de su género.



Sin hacer esta precisión, la Sala concluyó que en este caso debe decretarse la nulidad desde la audiencia de la acusación. Se dijo, además, que como los actos de parte no son anulables, la decisión se erige como un correctivo a la actuación del juez, en cuanto no ejerció las acciones que correspondían frente a la actuación irregular del fiscal.

Frente a este aspecto, cabe señalar que cuando se decreta la nulidad por una actuación inapropiada o irregular, surge la carga de explicar en qué consistió el error o, visto de otra manera, qué es exactamente lo que el funcionario debió haber hecho u omitido.

Como esos errores supuestamente ocurrieron en la audiencia de acusación, resulta claro que: (i) en ese momento el juez no tenía la posibilidad de analizar los cargos formulados por la Fiscalía con la amplitud con que pudo hacerlo la Sala **en el ámbito de la sentencia**, simple y llanamente porque no tenía ante sí las evidencias que servían de soporte al llamamiento a juicio; (ii) basta para ello advertir que para arribar a las conclusiones expuestas en el fallo objeto de aclaración, la Sala analizó a profundidad las entrevistas y, en general, todas las evidencias **aportadas por la Fiscalía para sustentar su solicitud de condena**; y (iii) por tanto, no se le puede reprochar al juez que haya omitido un control de imposible realización, porque en la audiencia de acusación no hay lugar a explicar los fundamentos

“*probatorios*” del llamamiento a juicio, según se explicó en precedencia.

Lo que sí resulta claro es que el juez: (i) debió haberse percatado de que la calificación jurídica realizada por la Fiscalía era manifiestamente ilegal, por las razones expuestas en el fallo mayoritario; (ii) según lo ha reiterado esta Sala, los casos de calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales constituyen una excepción a la imposibilidad de controlar materialmente la acusación, entendida como el acto de parte regulado en los artículos 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004; y (iii) ante un cambio abrupto en la calificación jurídica, tenía el deber de pedirle al fiscal que explicara si ello constituía un beneficio para el procesado o era producto del ajuste del caso a la estricta legalidad (CSJSP, 52227 de 2020, entre otras).

Lo anterior es lo único que puede reprochársele al juzgador de primer grado, aunque ello, aunado a las graves actuaciones de la Fiscalía, resulta suficiente para la anulación de lo actuado, a partir de la audiencia de acusación, sin perjuicio de las notorias irregularidades del acuerdo atrás analizado.

En suma, se aclara que al juez no puede cuestionársele por no haber realizado, en la audiencia de acusación, un estudio de las evidencias que soportaban los cargos, como sí

pudo hacerlo la Sala ya que su intervención ocurre en el ámbito de la **sentencia**. Y, valga la repetición, no puede hacerse ese cuestionamiento al juez ya que este, en la audiencia de acusación, no podía acceder a las entrevistas y demás información recopilada por la Fiscalía durante la acusación, ni estaba habilitado para emitir un juicio sobre el particular.

En este orden de ideas, se tiene claro que la Sala, en la postura mayoritaria, (i) realizó un “*control*” a la acusación **en el ámbito de la sentencia**, lo que explica por qué pudo acceder a los fundamentos “probatorios” del llamamiento juicio, lo que le estaba vedado al juez en la audiencia reglada en los artículos 336 y siguientes; (ii) sobre esa base, concluyó que la Fiscalía, al estructurar la acusación, incurrió en errores manifiestos frente a las premisas fáctica y jurídica; (iii) ello, según concluyó, dio lugar a la tergiversación del objeto del proceso y, en general, afectó los fines más altos de la administración de justicia; y (iv) lo que, aunado a la falta de control por parte del juez, justifica la anulación (ya se aclaró cuáles son los aspectos que pueden reprochársele al juzgador de primer grado cuando fungió como director de la audiencia de acusación).

Cuando en la postura mayoritaria se hace alusión a la calificación jurídica manifiestamente ilegal, se incursiona en un tema desarrollado por la Sala, atinente a la obligación del juez de intervenir en esos casos excepcionales.

Pero, cuando la Sala analiza las evidencias que tuvo ante sí la Fiscalía al realizar el juicio de acusación (*y, en buena medida, el juicio de imputación*), no para evaluar la procedencia de la condena anticipada (*lo que constituye el objeto central de la pretensión de la Fiscalía*), sino para constatar la existencia de un actuar caprichoso e ilegal, favorable al procesado y vulnerador de los derechos de la víctima de un grave atentado contra los derechos humanos, necesariamente ha de entenderse que se refiere al novedoso problema jurídico atrás planteado.

En la postura mayoritaria se cataloga dicha actuación como un control material a la acusación. Cualquiera que sea la denominación que se le de a esta actuación de la Sala, en todo caso debe entenderse que no se trata de un control que pueda realizarse en la audiencia de acusación (pues allí no hay posibilidad de que el juez conozca las evidencias), sino de una suerte de control que opera al emitir la sentencia, que se activa cuando se hace palmario que la Fiscalía realizó sus funciones constitucionales y legales sin objetividad y con un marcado alejamiento de la legalidad, generando un grave perjuicio para las víctimas de graves atentados contra los derechos humanos.

Como se precisó en las líneas precedentes, en este caso procede la anulación, pero por razones diferentes, a saber: (i) principalmente, porque la eliminación de las agravantes constituyó un beneficio velado, al que se aunaron otras

concesiones igualmente ilegales; y (ii) en su defecto, la nulidad procedía desde la acusación, pero por las razones atrás indicadas, esto es, porque al actuar irregular de la Fiscalía se sumó la falta de control del juez frente a una calificación jurídica manifiestamente ilegal y porque ante un cambio abrupto de los cargos no se constató si ello correspondía a un beneficio para el procesado o al ajuste del caso a la legalidad.

Sin embargo, se advierte que la Sala Mayoritaria eligió un camino más complejo para solucionar el caso, que implica abordar el novedoso problema jurídico atrás relacionado.

Sobre el particular, se advierte que la decisión de anular un proceso porque la Fiscalía actuó sesgadamente a favor del procesado, no puede estar centrada exclusivamente en la consideración de los derechos de la víctima. En efecto, en esa eventualidad no podrían dejarse de considerar los derechos del procesado, quien claramente resulta afectado porque se desestima una acusación que le era notoriamente favorable y se insta al acusador a que tome los respectivos correctivos, sin perjuicio del sometimiento a un nuevo proceso.

Sobre la recomposición de la acusación a partir una nulidad decretada por la falta de objetividad y el claro desapego de la legalidad, bajo ninguna circunstancia puede

entenderse que las consideraciones de la Sala sobre los errores fácticos y jurídicos atribuidos al fiscal del caso, pueden tenerse como una orden sobre el contenido de la acusación.

Ello no es posible, porque implicaría una intromisión desbordada de la Judicatura en las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación. Lo que ha de entenderse es que dicha entidad deberá tomar los correctivos para que el caso sea analizado con objetividad y con el rigor que amerita, para que el juicio de acusación se haga con extremo cuidado, habida cuenta de la gravedad de los hechos.

Como la nulidad procedía por razones diferentes, tal y como se ha aclarado en los párrafos anteriores, no se ahondará en este complejo tema que fue enunciado por la Sala, pero que amerita un análisis profundo y cuidadoso, para evitar desbalances entre los derechos del procesado, la protección de las víctimas y, en general, los aspectos constitucionalmente relevantes que atañen al proceso penal.

En síntesis, si bien se comparte la decisión de anular la actuación, debe aclararse que: (i) esta decisión debió tomarse por la pluralidad e ilegalidad de beneficios concedidos en virtud del acuerdo, entre los que se incluye la soterrada

atenuación de los cargos; (ii) en su defecto, la nulidad procedía porque el juez no ejerció los controles frente a una calificación jurídica manifiestamente ilegal y un cambio abrupto de los cargos, según lo indicado en precedencia, a lo que se suma la ilegalidad del acuerdo; (iii) lo anterior hacía innecesario abordar el complejo problema jurídico varias veces referido, sin perjuicio de que ello implica realizar un cuidadoso balance entre los derechos de las víctimas y los del procesado; y (iv) en todo caso, no puede entenderse que los fundamentos de la Sala frente a las irregularidades en el juicio de acusación puedan tenerse como una orden frente al contenido de los cargos, ya que le corresponde a la Fiscalía, por conducto de un funcionario idóneo y objetivo, realizar las funciones asignadas por la Constitución Política y la ley.



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**Magistrada**