República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP2073-2020

Radicación N° 52.227

(Aprobado Acta Nº 130)

Sala Casación Penal@2020

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de ALFONSO ANÍBAL VÁSQUEZ CIRO en contra del fallo emitido el 27 de noviembre de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la absolución emitida el 21 de marzo del mismo año por el Juzgado 56 Penal del Circuito

de esa ciudad y, en consecuencia, lo condenó por el delito de homicidio agravado.

2. HECHOS

Para el 8 de enero de 2009 los policiales ALFONSO ANIBAL VÁSQUEZ CIRO y Héctor Villalobos Ríos conformaban una patrulla que tenía a cargo trasladar contraventores hasta la Unidad Permanente de Justicia (UPJ). Esa mañana, recibieron un grupo de personas en dicha calidad y procedieron a trasladarlos hasta la referida dependencia.

Sala Casación Penal@2020

Mientras se adelantaba el trámite para recibir a los supuestos contraventores, uno de ellos, Robinson de Jesús Gil Polindara, a quien le atribuían la calidad de "*habitante de la calle*", se devolvió para recoger una cobija o "*cubrelecho*", lo que no le estaba permitido. Ante esa situación intervino el policial Villalobos Ríos, quien lo golpeó con sus manos y pies.

Al notar que el retenido había sido golpeado, el encargado de la UPJ optó por devolverlo. Sin embargo, mientras diligenciaba la respectiva documentación, los dos policiales salieron de la entidad oficial a bordo del camión asignado para sus funciones, llevando en la parte trasera a Gil Polindara. Aunque el funcionario de la Unidad Permanente de Justicia los llamó por radio para avisarles que

debían firmar el documento donde constaba la devolución, los policiales no regresaron.

En lugar de ello, VÁSQUEZ CIRO y su compañero de patrulla optaron por trasladar al retenido a un paraje ubicado entre la ciudad de Bogotá y el municipio de Choachí, fuera de su jurisdicción, donde la víctima fue herida mortalmente con un arma de fuego. Abandonaron el cadáver a pocos metros de la calzada y se trasladaron de nuevo a la ciudad de Bogotá, donde procedieron a lavar la sangre de la víctima, presente en varias partes del automotor.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

Sala Casación Penal@2020

Como quiera que Héctor Villalobos Ríos celebró un acuerdo con la Fiscalía, la presente actuación se adelantó únicamente en contra de VÁSQUEZ CIRO. Por ello, en adelante solo se considerara la situación de Villalobos Ríos en cuanto resulte necesario para resolver la impugnación que ocupa la atención de la Sala.

Por estos hechos, el 9 de enero de 2009 la Fiscalía le imputó a ALFONSO ANÍBAL VÁSQUEZ CIRO los delitos de homicidio agravado (Arts. 103 y 104.7) y privación ilegal de la libertad.

Una vez agotadas las etapas procesales previstas en la Ley 906 de 2004, el 7 de septiembre de 2009 el Juzgado Doce

Penal del Circuito de Bogotá emitió sentencia condenatoria. Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá anuló el juicio, por la violación de las garantías debidas al procesado.

En la nueva actuación, justo de antes de iniciarse el juicio oral, las partes celebran un preacuerdo en virtud del cual VÁSQUEZ CIRO aceptó la responsabilidad por el delito de encubrimiento, en concurso con privación ilegal de la libertad, lo que le acarrearía la pena de prisión de 67 meses. El 25 de junio de 2010 el Juzgado 14 Penal del Circuito (*al que le fue asignado el proceso luego de la nulidad*) le impartió aprobación al acuerdo. Esta decisión fue apelada por el Ministerio Público y a la postre revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído del 24 de enero de 2011.

Sala Casación Penal@2020

Una vez realizada de nuevo la audiencia de juicio oral, se emitió sentencia absolutoria. Esta decisión fue apelada por el delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público.

Al resolver la apelación, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la absolución y, en consecuencia, condenó al procesado a las penas de 400 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, tras hallarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado, en calidad de coautor. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la

pena y la prisión domiciliaria. Lo anterior, mediante proveído del 27 de noviembre de 2017, que fue objeto del recurso de casación interpuesto por la defensa. Dejó incólume la absolución por el delito de privación ilegal de la libertad porque la misma no fue objeto de apelación.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

El impugnante sostiene que la condena se emitió en un proceso viciado de nulidad, toda vez que antes de iniciarse el juicio oral (*luego de la referida nulidad*) las partes celebraron un acuerdo acorde al ordenamiento jurídico.

Sala Casación Penal@2020

Resaltó que el Tribunal, al revocar la decisión aprobatoria emitida por el Juzgado, violó el ordenamiento jurídico, por las siguientes razones:

Por regla general, los jueces no pueden ejercer control material sobre la acusación o los preacuerdos. Ello solo es viable en casos excepcionales, cuando se presenten graves afectaciones de los derechos fundamentales, lo que no se materializó en este caso.

Se respetaron los derechos fundamentales del procesado durante dicho acuerdo, a la par que las víctimas (*los familiares del ciudadano asesinado*) manifestaron su desinterés en el proceso penal, pues, a raíz de la aceptación de cargos

del otro policial involucrado, optaron por la jurisdicción de lo contencioso administrativo para hacer valer sus derechos.

La defensa agotó todos los mecanismos procesales posibles frente a la violación del debido proceso en que incurrió el Tribunal al revocar la absolución. No hizo uso de la acción de tutela porque este asunto debe resolverse al interior del proceso penal.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, "*decretándose en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión de segunda instancia del 24 de enero de 2011, inclusive, mediante la cual se revocó la aprobación del preacuerdo hecha por el Juzgado 14 Penal del Circuito (…)*".

Sala Casación Penal@2020

5. SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

La Sala le advirtió al defensor del procesado que el cargo propuesto en la demanda se resolvería de fondo y que, como se trata de la primera condena emitida por el Tribunal, estaba en libertad de argumentar lo que considerara pertinente en orden a garantizar el derecho a la doble conformidad.

Con esta aclaración, el impugnante reiteró lo expuesto en la demanda. A ello añadió que: (i) tras la anulación de la condena emitida en contra del procesado en el año 2009 –*por violación del derecho a un juez imparcial*-, la Fiscalía y la defensa tuvieron múltiples problemas para hacer concurrir a los

testigos por segunda vez; (ii) como para ese entonces, así como en la actualidad, la hipótesis más plausible da cuenta de que su representado no participó en el homicidio, pues el otro policial involucrado lo dejó en su casa antes de trasladar a la víctima al lugar donde le segó la vida, la calificación jurídica acordada –*encubrimiento en lugar de homicidio agravado*- tenía y sigue teniendo suficiente respaldo probatorio; (iii) las únicas conductas atribuibles a su defendido consisten en no haber indagado por la suerte del retenido luego de que se reencontró con su compañero y no haber tomado las medidas para que el asunto se esclareciera; y (iv) por tanto, el Tribunal se extralimitó en sus funciones al revocar la decisión del Juzgado sobre el acuerdo presentado por las partes y, de esa forma, violó el debido proceso.

Sala Casación Penal@2020

Advertido como estaba de que podía presentar un discurso más amplio, sin limitaciones, por tratarse de la primera condena emitida en contra de su representado, hizo hincapié en que existe duda razonable acerca de la ubicación de este para cuando ocurrió el homicidio. Insistió en que la hipótesis más plausible da cuenta de que VÁSQUEZ CIRO estaba desayunando con su compañera sentimental y su hija luego de que el otro policial lo dejara en su casa para irse solo con la víctima.

Su postura fue apoyada por el representante del Ministerio Público, quien hizo hincapié en que los jueces no pueden controlar materialmente la acusación, salvo que se presente la evidente vulneración de derechos y garantías.

El Procurador resaltó que para el momento del acuerdo no se avizoraba una irregularidad de esa entidad, por lo que el Tribunal no estaba facultado para cuestionar la calificación jurídica acordada por las partes.

Aunque es claro que se violó el debido proceso –*agrega*-, la solución correcta del caso consiste en darle validez al acuerdo que en su momento suscribieron las partes y ajustar el fallo a la calificación jurídica y la pena allí convenidas.

Por su parte, la delegada de la Fiscalía General de la Nación considera que la decisión del Tribunal debe mantenerse incólume.

Sala Casación Penal@2020

Primero, porque, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y según lo establecido en varias decisiones de esta Sala, las actuaciones de la Fiscalía en materia de preacuerdos están sometidas al principio de discrecionalidad reglada, la que fue sobrepasada por el fiscal del caso cuando pasó de un homicidio agravado, en concurso con el delito de privación ilegal de la libertad, a un delito de encubrimiento, al que, según el acuerdo, le correspondería la pena de 64 meses de prisión.

En apoyo de esta conclusión, resalta que el Tribunal, al revocar la decisión aprobatoria del acuerdo, hizo hincapié en que las evidencias mostraban que el procesado sí participó en el homicidio. Al efecto, se remitió a los fundamentos de la

condena impugnada, que serán analizados en detalle más adelante.

Resaltó, igualmente, que los preacuerdos deben aprestigiar a la administración de justicia, por lo que la discrecionalidad de los fiscales en esta materia encuentran límite en los hechos y las evidencias que les sirven de soporte.

De otro lado, considera que el Tribunal explicó satisfactoriamente que la responsabilidad penal del procesado se demostró más allá de duda razonable, por lo que no hay lugar a la absolución invocada por la defensa.

Sala Casación Penal@2020

6. CONSIDERACIONES

Lo expuesto por el recurrente y las demás partes e intervinientes, aunado al hecho de que la primera condena fue emitida por el Tribunal al resolver el recurso de apelación, da lugar a que el debate abarque dos temas diferentes, a saber: (i) los fundamentos fácticos y jurídicos de la condena, lo que, naturalmente, implica analizar a profundidad las pruebas practicadas durante el juicio oral, en orden a garantizarle al procesado el derecho a la doble conformidad; y (ii) la legalidad del acuerdo que en su momento celebraron las partes, que pudo haber puesto fin a la actuación de una forma mucho más favorable para el procesado, de no haber sido por la invalidación dispuesta por el Tribunal.

6.1. Sobre los fundamentos de la condena emitida en contra del procesado y su valoración en esta sede

Aunque al defensor se le advirtió que por tratarse de la primera condena emitida por el Tribunal podía cuestionar con amplitud los fundamentos de dicha decisión, se mantuvo en la línea de sustentar a fondo la supuesta violación del debido proceso, lo que será analizado más adelante.

No obstante, señaló que la responsabilidad de su representado no fue demostrada más allá de duda razonable, pues la hipótesis más plausible consiste en que se quedó a desayunar con su familia mientras su compañero de patrulla continuó en el vehículo donde era transportada la víctima. Luego de revisar los registros de las múltiples audiencias, la Sala advierte que ello corresponde a la postura que sostuvo a lo largo del juicio oral.

Sala Casación Penal@2020

En esencia, el Tribunal fundamentó la condena en los siguientes datos: (i) ALFONSO ANÍBAL VÁSQUEZ CIRO era una de las personas a cargo de Robinson de Jesús Gil Polindara cuando este iba a ser trasladado a la UPJ; (ii) este fue agredido por Villalobos Ríos, el compañero de patrulla del procesado; (iii) ambos policiales salieron del lugar en el camión donde era transportado Gil Polindara; (iv) esa misma mañana, los policiales adscritos al CAI El Mirador vieron el camión oficial por la vía que conduce a Choachí; (v)

aproximadamente media hora después, estos uniformados se percataron del regreso del carro por esa misma ruta; (vi) varios integrantes del CAI vieron que en el carro estaban dos personas con uniforme de la Policía Nacional, pero solo observaron el rostro de uno de ellos –*Villalobos Ríos*- quien fue reconocido por un antiguo compañero de trabajo; y (vii) poco después, VÁSQUEZ CIRO y su compañero se trasladaron hasta un lavadero de carros, donde utilizaron una manguera y una escoba para eliminar los rastros de sangre de la víctima, dispersos por varios lados del automotor.

Estos datos encuentran un amplio respaldo en las pruebas presentadas por la Fiscalía y en algunas de las practicadas a instancias de la defensa.

Sala Casación Penal@2020

En efecto, el mismo VÁSQUEZ CIRO acepta que la patrulla policial que tenía a cargo el traslado de los contraventores a la UPJ estaba conformada por él y por Villalobos Ríos, lo que fue confirmado por sus comandantes al declarar en el juicio oral.

La agresión física realizada por Villalobos fue demostrada a cabalidad con el testimonio del encargado de dicha dependencia (*Juan Carlos Valdez*), además que fue lo que dio lugar a la devolución del retenido –*lo que no es objeto de debate*.

La presencia del camión en la vía que conduce a Choachí fue ampliamente demostrada a lo largo del juicio

oral, no solo con las declaraciones de los integrantes del CAI El Mirador –relacionados más adelante-, sino además con los testimonios de los altos mandos policiales que comparecieron al juicio, quienes dieron cuenta del reporte de la presencia irregular de ese camión en dicho lugar. Ello, a su manera, fue confirmado por VÁSQUEZ CIRO, en cuanto dijo que Villalobos lo dejó en su casa y le comentó que se dirigiría al municipio en mención.

La presencia de Villalobos Ríos en el camión minutos después de ocurrido el homicidio, así como la presencia de otro uniformado en el rodante, se acreditó con los testimonios de los policiales asignados al CAI El Mirador, Fabián Alfonso Rojas Serpa y Enrique Delgado Mosquera. Este último, conocía a Villalobos porque fueron compañeros de trabajo. Ambos coincidieron en que no pudieron observar el rostro de quien acompañaba a Villalobos Ríos, pero fueron enfáticos en que ambos lucían prendas de la Policía Nacional.

Sala Casación Penal©2020

Para demostrar el hallazgo de sangre de la víctima en el camión y en la escoba utilizada para lavarlo –*entre otros objetos*-, la Fiscalía se valió de las siguientes pruebas testimoniales y periciales: (i) Herminiano Gómez García, encargado del lavadero; (ii) el testimonio del primer respondiente, Luis Aníbal Gómez Báez (iii) el técnico en criminalística Ómar Cárdenas García, que tuvo a cargo la recolección de las muestras; y (iv) las peritos Yolima Gutiérrez y Alexandra Terreros Ibáñez, que explicaron que se trataba de sangre

humana, correspondiente a la muestra tomada a Gil Polindara.

De ahí, el Tribunal colige que era ALFONSO ANÍBAL VÁSQUEZ CIRO, y no otra persona, quien acompañaba a Villalobos Ríos en el camión cuando transitaban por la referida vía intermunicipal. Igualmente, que ambos policiales decidieron trasladar hasta ese paraje al retenido, con el único propósito de causarle la muerte y dejar su cuerpo abandonado a varios metros de la calzada.

Además de las razones expuestas por el Tribunal, la Sala encuentra que la premisa fáctica del fallo tiene respaldo en lo siguiente:

Sala Casación Penal@2020

En primer término, debe tenerse en cuenta el poco tiempo que transcurrió entre el momento en que la víctima fue retirada de las instalaciones de la UPJ (*11:13 de la mañana, según el registro de salida del camión*), el avistamiento de ese carro en la vía que de Bogotá conduce a Choachí, el regresó del mismo (*aproximadamente media hora después*) y su traslado al lavadero donde, esa misma tarde, los comandantes del procesado acudieron luego de ser notificados de la presencia irregular de ese carro en la vía donde fue hallado el cadáver de la víctima

Igualmente, debe tenerse en cuenta que los hechos se desencadenaron por el problema que tuvo Villalobos con el

contraventor (*a quien siempre identificaron como "indigente" o "habitante de la calle"),* ocurrido minutos antes, lo que permite descartar un homicidio planeado con mayor antelación.

Bajo estas circunstancias, la hipótesis planteada por la defensa implicaría aceptar que en ese corto interregno Villalobos Ríos tuvo tiempo de contactar a un tercero, que correspondería a la otra persona uniformada como policía que fue vista por varios integrantes del CAI El Mirador minutos después de ocurrido el homicidio. Al efecto, no puede pasar inadvertido que el homicidio ocurrió en un paraje rural solitario y no en un barrio o un sector poblado, lo que permite descartar un encuentro casual de esas dos personas.

Sala Casación Penal@2020

Igualmente, esa propuesta factual tiene implícita la idea de que Villalobos cometió el homicidio con otra persona pero optó por recoger a su compañero de patrulla (*con quien supuestamente no tenía una relación de amistad*) con el propósito de ir a un lavadero a deshacerse de la sangre de la víctima, presente en varias partes del carro. Esto es, que el homicida desestimó la colaboración de quien lo acompañó en el delito y optó por recoger a un policial totalmente ajeno a los hechos para ir a eliminar la evidencia.

Lo anterior, sin perder de vista que Villalobos Ríos, según la versión de VÁSQUEZ CIRO, contaba con tiempo suficiente para realizar la referida labor, pues había dicho

que se dirigiría hasta Choachí para contactarse con un familiar.

De otro lado, se tiene que aunque VÁSQUEZ CIRO se esforzó por mostrarse ajeno a los hechos relevantes acaecidos esa mañana (*dijo que cuando Villalobos le pegó a la víctima en la UPJ él estaba en el baño y tomando tinto, y que cuando su compañero se aprestó a lavar el carro él se fue a "comer salpicón"*), es indiscutible que sabía que habían devuelto a uno de los contraventores porque estaba lesionado. Igualmente, como lo aceptó ante las preguntas que le formuló el fiscal durante el contrainterrogatorio, tenía claro que esa persona debía ser devuelta a la dependencia policial.

Sala Casación Penal@2020

Además, aunque asegura que no presenció el altercado entre el "*indigente*" y su compañero, sí sabía que el retenido estaba exaltado, al punto que presenció cuando este los insultó con palabras soeces y los amenazó.

Bajo esas condiciones, la plausibilidad de la hipótesis defensiva también implicaría aceptar que VÁSQUEZ CIRO dejó a su compañero a cargo del carro y del furibundo retenido, con los riesgos que ello podría acarrear, sin perjuicio de la ostensible trasgresión del deber funcional, máxime si se tiene en cuenta que la patrulla solo la conformaban los dos policiales.

Lo anterior resulta menos creíble si se tienen en cuenta los datos suministrados por los testigos de la defensa: (i) la residencia de VÁSQUEZ CIRO estaba ubicada aproximadamente a cuatro cuadras de su lugar de trabajo –*declaración de su compañera permanente*-, y (ii) Villalobos le dijo a VÁSQUEZ CIRO que se iría en el camión para el municipio de Choachí, a realizar diligencias personales. Ello implica, según estas versiones, que para evitar la compleja situación referida en el párrafo anterior al procesado le hubiera bastado destinar unos pocos minutos más, antes de poderse trasladar con tranquilidad y holgura de tiempo a su casa.

De otro lado, se tiene que la hipótesis defensiva tiene como principal soporte la declaración del procesado. Analizada en detalle, se advierte su manifiesta contradicción con las pruebas practicadas a lo largo del juicio oral, lo que denota la clara intención de negar, en contra de la evidencia, su participación en los hechos objeto de juzgamiento.

Sala Casación Penal@2020

Así, por ejemplo, para mostrarse ajeno a las huellas de sangre existentes en el camión aseguró que su compañero de patrulla lo recogió alrededor del mediodía y le pidió que fueran hasta un lavadero, ubicado aproximadamente a 25 minutos (*esto confirma que los policiales no estaban precisamente agobiados por el tiempo*). Allí, su compañero tomó la iniciativa de lavar el carro mientras el decidió irse a "*comer salpicón*", porque era usual que alternaran la lavada del automotor.

Sin embargo, su versión, que de entrada no se ajusta a la mutua responsabilidad que los policiales tenían frente al camión oficial, fue desmentida por el señor Herminiano Gómez García, quien laboraba en el referido lavadero de carros. Este ciudadano señaló que ambos policiales se ocuparon de lavar el carro.

Aunque el defensor utilizó con amplitud las prerrogativas propias del contrainterrogatorio (lo que caracterizó su actuación a lo largo del juicio), el señor Gómez García se mantuvo en que ambos policiales participaron del lavado del camión.

Cabe señalar que este testigo explicó satisfactoriamente las circunstancias bajo las cuales presenció estos hechos. Igualmente, que no se avizoran razones para cuestionar su imparcialidad ni para poner en duda la sanidad de sus sentidos y sus procesos de rememoración.

Sala Casación Penal@2020

Sobre lo acaecido en el lavadero, no puede pasar inadvertido que, según su propio relato, VÁSQUEZ CIRO pudo entrevistarse con sus superiores cuando "*intuía*" que algo grave había pasado. Y no era para menos, porque se hablaba de sangre en el carro, del desvío del camión a un lugar que no corresponde a las zonas asignadas, sin perjuicio de las huellas de sangre presentes en el uniforme de su compañero.

Durante el contrainterrogatorio, cuando se le preguntó por las explicaciones dadas por su subalterno VÁSQUEZ CIRO frente a la presencia del vehículo cerca del CAI El Mirador, el oficial Víctor Hugo Rojas Aragón señaló que este dijo no tener conocimiento de esa situación porque "*lo habían dejado en un restaurante*", lo que es diferente a que haya ido a departir con su hija recién nacida y su compañera sentimental.

Ante la intención de la defensa de mostrar que desde el principio su representado estuvo presto a explicar su situación, debe resaltarse que este, aunque se le indagó por la presencia del camión a su cargo en la vía que conduce a Choachí, no mencionó lo que supuestamente le dijo su compañero de patrulla en el sentido de que se dirigiría a ese municipio para reunirse con un familiar, a pesar de que ello claramente era útil para mostrar, desde ese momento, su desconexión con estos hechos. No existe duda de que conocía ese dato, porque él mismo declaró que esa fue la explicación que le dio Villalobos cuando supuestamente lo dejó en su casa aquella mañana.

Sala Casación Penal@2020

Ello, bajo el entendido de que su autoprotección no reñía con un posible lazo de amistad con Villalobos Ríos, pues a este, según dijo, lo consideraba un simple compañero de trabajo, del que quería alejarse por su carácter violento. Lo expuesto por el procesado sobre el vínculo con su compañero de patrulla se aviene a lo que expuso su compañera sentimental en el sentido de que Villalobos nunca

los había visitado a pesar de que frecuentemente iba a dejar o recoger a VÁSQUEZ CIRO en razón de su trabajo.

En la misma línea, el procesado hizo todo lo que estuvo a su alcance para mostrarse ajeno al incidente ocurrido en la UPJ. Además de negar haber presenciado los golpes que su compañero le propinó al retenido, aseguró no haber recibido la llamada del funcionario de dicha dependencia o haberse enterado de que su compañero hubiera sido contactado a efectos de que se devolvieran a firmar los documentos atinentes a la devolución del supuesto contraventor.

Esta versión contrasta con lo expuesto por el señor Juan Carlos Valdez, quien para ese entonces era el encargado de recibir a los contraventores en la referida entidad pública. Este señaló que esa mañana decidió no recibir a uno de los retenidos luego de que Villalobos Ríos lo agrediera físicamente. Aseguró que se dispuso a diligenciar los documentos y que cuando salió a buscar a los policiales a cargo ya el camión se había retirado. Por tanto, procedió a llamar a la patrulla policial. Aseguró que le respondió VÁSQUEZ, quien le dijo que "*ya le hacemos pantalla*", lo que, en su argot, significa que se presentarían en esas instalaciones, lo que nunca ocurrió.

Sala Casación Penal@2020

En armonía con lo expuesto en precedencia sobre la alteración del retenido y su actitud agresiva, así como la reducida composición de la patrulla y la cercanía con el lugar donde el furibundo hombre debía ser trasladado, se tiene que el procesado sabía que algo había ocurrido (*lo que motivó la*

devolución del supuesto contraventor) y tenía conocimiento del manejo irregular de los respectivos documentos. Ello, sin perjuicio del conocimiento que dijo tener acerca de la agresividad desmedida de su compañero Villalobos.

En línea con lo expuesto por el Tribunal, la Sala advierte que la mañana del 8 de enero de 2009 Robinson de Jesús Gil Polindara, en su calidad de retenido, estaba bajo ***la vigilancia y el cuidado*** de los policiales VÁSQUEZ CIRO y Villalobos Ríos. Por la agresividad de dicho ciudadano o por la razón que haya sido, lo cierto es que los policiales, en lugar de trasladar al lesionado a donde correspondía, lo llevaron en un camión oficial a un lugar distante de su zona de cobertura, donde se le causó la muerte con un arma de fuego.

Sala Casación Penal@2020

Ello, desde luego, no pudo haber ocurrido sin el concurso de VÁSQUEZ CIRO, por la simple razón de que él era uno de los dos policiales a cargo de la víctima, además que sin su aquiescencia no hubiera sido posible desviar el camión al paraje propicio para segarle la vida al "*habitante de la calle*"

Si bien es cierto la compañera permanente del procesado y algunos vecinos señalan que este estaba en su casa para cuando ocurrió el homicidio, también lo es que el soporte principal de esa hipótesis (*la versión del procesado*) resulta en sí mismo inverosímil, por las razones atrás analizadas. Lo anterior, sin perjuicio de que en algunos aspectos

estructurales la versión del procesado fue desvirtuada por varios testigos, como es el caso del trabajador del lavadero de carros y el encargado de recibir a los detenidos en la UPJ, cuya coherencia e imparcialidad no se discute.

Por lo expuesto, la Sala considera que la responsabilidad penal de VÁSQUEZ CIRO por el homicidio de Robinson de Jesús Gil Polindara fue demostrada más allá de duda razonable.

6.2. El acuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa

Para desarrollar este punto la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) delimitará el tema de debate; (ii) precisará las reglas relevantes para la solución del mismo; y (iii) definirá el sentido de la decisión frente al caso sometido a su conocimiento.

Sala Casación Penal@2020

6.2.1. Delimitación del tema de debate

El impugnante plantea que: (i) el Tribunal no estaba habilitado para realizar el control material sobre el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa –*en este aspecto recibió el apoyo del Ministerio Público*-; y (ii) para cuando se celebró el acuerdo, la hipótesis más plausible daba cuenta de que VÁSQUEZ CIRO no participó en el homicidio y que, a lo sumo, ayudó con posterioridad a Villalobos Ríos a eliminar las evidencias, razón suficiente para que la calificación

jurídica pudiera cambiarse de homicidio agravado a encubrimiento.

Por su parte, la delegada de la Fiscalía hizo hincapié en que la evidencia indica que el procesado participó activamente en el homicidio y, sobre esa base, planteó que a la Fiscalía le estaba vedado conceder el beneficio atrás referido, bajo el entendido de que estas actuaciones están sometidas al concepto de discrecionalidad reglada.

Así, la Sala debe resolver si el Tribunal Superior de Bogotá violó los derechos de ALFONSO VÁSQUEZ CIRO al revocar la decisión aprobatoria dictada por el Juzgado frente al acuerdo que este celebró con la Fiscalía, consistente en cambiar la calificación jurídica de homicidio agravado y privación ilegal de la libertad, por encubrimiento y privación ilegal de la libertad, lo que dio lugar a una rebaja del 84% de la pena mínima prevista para el delito más grave por el que se emitió la acusación.

Sala Casación Penal@2020

Lo anterior gira en torno a un problema jurídico mucho más puntual, atinente a los límites que tiene la Fiscalía General de la Nación para conceder beneficios punitivos bajo la modalidad de cambios de la calificación jurídica, y, más específicamente, cuando se trata de delitos graves cometidos en contra de personas vulnerables.

La Sala encuentra que el Tribunal no violó el debido proceso, ni de ninguna otra manera los derechos del

procesado, al revocar la decisión aprobatoria emitida por el funcionario de primera instancia. Esta conclusión tiene como fundamento dos ideas principales:

En primer término, el Tribunal, como juez de segunda instancia, estaba habilitado para verificar los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para emitir una condena anticipada, lo que incluye la verificación del estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, la sujeción a los límites para la celebración de los acuerdos, la verificación de los derechos del procesado, etcétera.

Además, porque la Fiscalía se extralimitó al acordar el referido cambio de calificación jurídica, en esencia porque: (i) la misma no se ajusta a la única hipótesis factual que contaba con un respaldo razonable en las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida, incluyendo la favorable al procesado; (ii) el acuerdo dio lugar a una rebaja desproporcionada; y (iii) la Fiscalía desatendió el deber de actuar con la debida diligencia frente a un grave atentado contra los derechos humanos cometido en contra de una persona especialmente vulnerable.

Sala Casación Penal @2020

Aunque más adelante la Sala se ocupará de las particularidades del caso, anticipa el sentido de la decisión para ilustrar sobre la pertinencia de los temas que incluirá en el siguiente apartado, así como facilitar su entendimiento.

6.2.2. REGLAS APLICABLES AL CASO

6.2.2.1. La función de los jueces frente a los acuerdos presentados por las partes con la intención de que se emita una condena anticipada

El impugnante y el delegado del Ministerio Público hicieron énfasis en que el Tribunal no estaba habilitado para "*controlar*" los términos del acuerdo, lo que parte de cierta forma de asimilación entre el control material de la acusación y las verificaciones que deben hacer los jueces frente a una solicitud de condena anticipada.

Sala Casación Penal@2020

En otros momentos del desarrollo conceptual del sistema regulado en la Ley 906 de 2004 esa asimilación estuvo presente en la jurisprudencia, incluyendo la de esta Corporación, tal y como se destaca por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019, que, por las razones que se indicarán a lo largo de este proveído, constituye un referente obligado para analizar el caso sometido a conocimiento de la Sala. En dicho proveído, la Corte Constitucional señaló:

> *En la primera postura, la CSJ sostiene que el legislador no previó la posibilidad de que el juez efectúe un control material sobre la acusación. Concretamente, señala que en un esquema adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una hipótesis incriminatoria, al juez le está vedado*

examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación o los preacuerdos, como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica). Señala en particular que "de permitirse una tal supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular "teoría del caso" (CSJ SP 16 jul. 2014, Rad. 40871). De igual modo resultaría afectada la imparcialidad exigible a quien únicamente tiene que juzgar el asunto, según los planteamientos del acusador. Solo a la Fiscalía compete la determinación del nomen iuris de la imputación (CSJSP 6 feb. 2013, Rad. 39892).

Esta postura, también sostiene que, en un esquema adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una hipótesis incriminatoria, "al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica)". Lo anterior en el entendido de que lo dispuesto respecto de la acusación es aplicable a las formas de terminación pre-acordada del proceso.

Sala Casación Penal @ 2020

Por su parte, la segunda y tercera postura admiten un control material del preacuerdo por parte del juez, siendo más restrictiva esta última conforme a la cual el mismo es excepcional y será procedente solo cuando resulte objetivamente manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera las garantías fundamentales.

Encuentra la Corte que la segunda postura es la que acoge el criterio establecido por esta Corporación en su jurisprudencia y la que, además, respeta el tenor de los postulados legales que han definido los límites y alcances de las facultades de los fiscales y jueces penales. Conforme esta línea, la CSJ indicó que, de acuerdo a la sentencia C-1260 de 2005, los preacuerdos deben realizarse

sobre los términos de la imputación y deben respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes. Por esta razón, los jueces de conocimiento sí deben realizar un control material a los preacuerdos que celebra la FGN.

En ese recuento jurisprudencial se echa de menos un precedente importante de esta Corporación, orientado a diferenciar el control material a la acusación (*del que se ha ocupado ampliamente*) y las verificaciones que deben hacer los jueces para decidir la procedencia de una condena –*así sea anticipada*-, bajo el entendido de que esto último constituye un aspecto medular de la función jurisdiccional. En efecto, en la decisión CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311, se precisó lo siguiente:

Sala Casación Penal@2020

Algunas notas diferenciadoras del "control a la acusación" en los casos de terminación anticipada de la actuación penal

Aunque el artículo 350 de la Ley establece que los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa deben ser presentados "ante el juez de conocimiento como escrito de acusación", es evidente que la intervención del juez en esta forma de terminación anticipada de la actuación penal es sustancialmente diferente a la que procede frente a la acusación –y la imputación- en el trámite ordinario.

En estos eventos la acusación no cumple la función de delimitar los contornos de un debate que deba surtirse a la luz del principio de igualdad de armas, como en el trámite ordinario, precisamente porque el efecto principal de los acuerdos y el allanamiento a

cargos es la supresión de los escenarios procesales dispuestos para esos fines.

Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una ***sentencia condenatoria****, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.*

Sala Casación Penal @ 2020

Esta precisión es importante, porque la asimilación del control material a la acusación y la verificación de los presupuestos para una sentencia, bien sea los que correspondan al trámite ordinario o al anticipado, ha generado confusión sobre la manera como interactúan los fiscales y los jueces en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004.

En la decisiones CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311 y CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007 esta Sala consolidó su línea sobre la imposibilidad de que el juicio de imputación y/o el juicio de acusación atribuido a los fiscales puedan ser objeto de control material por parte de los jueces, lo que eventualmente abarcaría la verificación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336, así como la calificación jurídica por la que optó el ente acusador.

Se concluyó que en Colombia no se incluyó un control de esa índole para esos actos de parte, sin perjuicio de las labores de dirección que deben realizar los jueces, orientadas a que la Fiscalía cumpla los requisitos formales establecidos por el legislador.

Sala Casación Penal@2020

En el trámite ordinario, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, en el momento en que se realizan esas actividades de la Fiscalía, no afecta de ninguna manera la función de los jueces de verificar, en la sentencia, si los cargos fueron demostrados más allá de duda razonable y si la calificación jurídica se ajusta al principio de legalidad.

En la misma línea, en los trámites orientados a la obtención de condenas anticipadas, bien por allanamiento a cargos o en virtud de los acuerdos logrados por la Fiscalía y la defensa, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación no inhabilita a los juzgadores para

verificar los presupuestos legales de la condena, pues ello afectaría la esencia misma de la función jurisdiccional.

Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (*trámite ordinario y condena anticipada*) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de "*un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*", como lo dispone el artículo 327.

Con esta aclaración, la Sala comparte lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019 sobre las verificaciones que deben hacer los jueces para la emisión de una condena anticipada, que incluye, entre otras cosas, la constatación de que la Fiscalía sujete su actuación a la Constitución Política, a las normas que regulan este tema en la Ley 906 de 2004 y a las directrices de la Fiscalía General de la Nación. Este tema será ampliado más adelante.

Sala Casación Penal @ 2020

6.2.2.2. Los acuerdos relativos al cambio de calificación jurídica

Según se indicó en precedencia, el impugnante sostiene que para el momento de la celebración del acuerdo la hipótesis compatible con el delito de encubrimiento tenía mayor respaldo "*probatorio*" que la atinente a la participación

de VÁSQUEZ CIRO en el homicidio. Señaló que esa situación se mantuvo hasta la terminación del juicio oral, lo que, precisamente, sirve de sustento a la pretensión principal (*la absolución*).

Si se tiene en cuenta que para ese entonces su representado había sido acusado por los delitos de homicidio agravado y privación ilegal de la libertad, se hace notorio que la disertación del censor tiene una premisa tácita, según la cual la Fiscalía, para celebrar acuerdos con la defensa, puede optar por hipótesis factuales diferentes a la incluida en la acusación.

En suma, el memorialista da a entender que no se trató de un simple cambio de calificación jurídica, sino del hecho de optar por una hipótesis fáctica diferente a la incluida en la acusación, que encuentra respaldo suficiente en las evidencias físicas y demás información obtenida legalmente.

Sala Casación Penal@2020

Por su importancia para la solución del presente asunto, y ante la necesidad de desarrollar y unificar la jurisprudencia, se hace imperioso precisar las posibilidades que tiene la Fiscalía de introducir cambios a la calificación jurídica por la que optó al realizar el juicio de imputación y/o el juicio de acusación.

Para lo anterior, se seguirá el siguiente derrotero: (i) se hará un recuento de la jurisprudencia atinente a la

delimitación de la hipótesis factual a lo largo de la actuación penal; y (ii) se abordará el cambio de calificación jurídica orientada exclusivamente a la rebaja de la pena.

6.2.2.2.1. El proceso de delimitación de las hipótesis factuales en la Ley 906 de 2004

La Constitución Política y la ley le asignaron a la Fiscalía General de la Nación la función de investigar las conductas que revistan las características de un delito –*Art. 250 de la C.P*-. En un procedimiento reglado en cuanto a sus presupuestos materiales y su forma, a la misma entidad le corresponde formular imputación, cuando la evidencia física y demás información legalmente obtenida permita "*inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*" (*juicio de imputación*). Asimismo, debe acusar, cuando, también a partir de la información recopilada, se pueda inferir con "*probabilidad de verdad que la conducta delictiva ocurrió y que el imputado es su autor o partícipe*" (*juicio de acusación*).

Sala Casación Penal © 2020

Esta Corporación ha desarrollado varios de esos temas, entre ellos: (i) precisó el concepto de hecho jurídicamente relevante, como limitante de la imputación y la acusación (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599); (ii) dejó sentado que en Colombia, a diferencia de otros países, no se dispuso un control material para la imputación y la acusación, lo que abarca tanto los fundamentos "*probatorios*" de la hipótesis

factual, como la calificación jurídica por la que opte la Fiscalía, sin perjuicio de la labor de dirección a cargo del juez, orientada a que estas actuaciones reúnan los requisitos formales (CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007; CSJSP, dic 2018, Rad. 52311; entre otras) ; y (iii) aclaró que la imposibilidad de controlar materialmente la acusación en el trámite ordinario es un tema sustancialmente diferente a las funciones del juez cuando debe evaluar la procedencia de una condena anticipada en virtud de un allanamiento unilateral a cargos o un acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, porque lo primero –*la imputación y la acusación*- corresponden a una actuación de parte, mientras que la emisión de la sentencia constituye un aspecto medular de la labor jurisdiccional (CSJSP, 11 dic 2018, Rad. 52311).

Sala Casación Penal@2020

En todo caso, no puede perderse de vista que en el trámite ordinario el juez no controla materialmente el acto de imputación o acusación en el momento de la actuación donde ocurren estas actividades de parte, pero, al emitir la sentencia, verifica que la propuesta factual de la Fiscalía haya sido demostrada más allá de duda razonable y realiza un examen exhaustivo sobre el respeto del principio de legalidad.

Bajo las anteriores premisas y en atención a lo expuesto por la Corte Constitucional sobre esta temática, esta Sala también ha resaltado el carácter progresivo de la actuación penal, lo que justifica, precisamente, la posibilidad de introducir en la acusación algunas modificaciones a la

premisa fáctica delimitada en la imputación, así como la viabilidad de modificar la calificación jurídica durante el llamamiento a juicio (CSJSP, 5 jun 2019, Rad 51007, entre otras).

De otro lado, la Sala también se ha referido al rol de la defensa en el actual sistema de enjuiciamiento criminal. Al respecto, ha destacado la posibilidad de proponer hipótesis factuales alternativas (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 5 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras), así como de llevar a cabo los actos de investigación que considere pertinentes para obtener el respaldo de las mismas.

Sobre esa base, ha concluido que el tema de prueba está conformado por la hipótesis factual de la acusación y por las hipótesis alternativas que propone la defensa, cuando opta por esa estrategia (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

Sala Casación Penal@2020

En la misma línea, ha resaltado que existe duda razonable si concurren (*con la hipótesis de la acusación*) propuestas factuales que desvirtúen la responsabilidad penal, siempre y cuando puedan ser catalogadas como verdaderamente plausibles, esto es, que tengan un soporte razonable en las pruebas practicadas en el juicio oral (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 4 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras).

Lo anterior permite comprender que antes del juicio oral, e incluso desde el inicio de la actuación penal, pueden coexistir hipótesis que impliquen mayor o menor responsabilidad penal de una persona en particular, lo que puede abarcar debates de todo orden, desde la negación de la conducta hasta la concurrencia de circunstancias de menor punibilidad o eximentes de responsabilidad.

Si bien es cierto el juicio oral es el escenario natural para debatir ese tipo de asuntos, también lo que es que en las fases previas el Estado debe tomar decisiones relevantes acerca de las hipótesis factuales y su fundamento. Ello sucede, por ejemplo, cuando la Fiscalía realiza el "*juicio de imputación*" (Art. 287) y el "*juicio de acusación*" (Art. 336), o cuando los jueces de control de garantías verifican el primer requisito para la imposición de una medida de aseguramiento, previsto en el artículo 308, consistente en que "*de los elementos materiales y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferior razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga*".

Sala Casación Penal@2020

Así, es claro que la delimitación de las hipótesis factuales se da a lo largo de toda la actuación, lo que se inicia con la verificación de si los hechos revisten las características de un delito (*Art. 250 de la C.P.)* y termina con la constatación de si la hipótesis de la acusación se demostró más allá de duda razonable, lo que es de competencia del juez al momento de emitir la sentencia.

Entre estos dos extremos, según se indicó, están previstas una serie de decisiones atinentes a las hipótesis generadas sobre unos determinados hechos, sometidas a estándares de conocimiento diferentes y, en todo caso, inferiores al previsto para la emisión de la condena

También debe resaltarse que en las fases anteriores al juicio solo pueden hacerse análisis prospectivos sobre la posibilidad real de demostrar más allá de duda razonable la hipótesis elegida en virtud de los juicios de imputación y acusación, así como la posibilidad de la defensa de demostrar que la hipótesis alternativa es verdaderamente plausible. Ello, por múltiples razones, entre ellas: (i) la dialéctica propia del juicio oral puede modificar sustancialmente el contenido de las declaraciones rendidas en entrevistas o declaraciones juradas, bajo el entendido de que no es lo mismo un interrogatorio realizado por una de las partes, que una prueba depurada a partir del interrogatorio cruzado de los testigos y el ejercicio de las amplias facultades que consagra la ley para la impugnación de la credibilidad; (ii) es posible que un testigo se retracte o cambie su versión; (iii) puede suceder que el testigo no esté disponible para el juicio oral y que, por tanto, su declaración deba ser incorporada como prueba de referencia; (iv) las pruebas ofrecidas por la contraparte pueden minar sustancialmente la hipótesis factual; etcétera.

Sala Casación Penal@ 2020

Lo anterior, sin perder de vista que aunque siempre existe el riesgo de que se presente alguna de esas eventualidades, los estándares establecidos por el legislador para la imputación y la acusación están orientados a que estas decisiones solo se tomen cuando razonablemente se establezca la posibilidad real de una condena. Ello, principalmente por el impacto de esas actuaciones del fiscal en los derechos de las personas llamadas a responder penalmente (CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311, entre otras), sin que pueda perderse de vista su incidencia en la congestión judicial y, finalmente, en la rectitud y eficacia de la administración de justicia (ídem).

Ante este panorama, es razonable que la concurrencia de hipótesis factuales, en las fases previas al juicio, sea uno de los escenarios propicios para la celebración de acuerdos entre las partes, con las limitaciones estudiadas en los siguientes numerales.

Sala Casación Penal@2020

Lo anterior permite concluir: (i) cuando se habla de los "*hechos del caso*"[1] como referente para la celebración de acuerdos, no puede perderse de vista que se trata de hipótesis, sometidas a diferentes estándares a lo largo de la actuación penal; (ii) para hacer la imputación, la Fiscalía debe verificar el estándar establecido en el artículo 287, y debe hacer lo propio para decidir sobre la acusación, según los lineamientos del artículo 336; (iii) si el juicio de imputación y/o el juicio de acusación arrojan como resultado

[1] Como se les denomina en varias oportunidades en la SU479 de 2019

una hipótesis favorable en algún sentido al procesado –*por ejemplo, que el homicidio se cometió bajo estado de ira, su intervención fue a título de cómplice y no de autor, se trató de un delito de hurto y no de peculado, etcétera*-, la inclusión de esos aspectos no constituyen un beneficio, sino la sujeción al principio de legalidad; (iv) los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –*según el estándar previsto para cada fase*-, sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, les está vedado "*inflar*" la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos; (v) es posible que luego de formulada la imputación, en virtud de la progresividad inherente a la actuación, la Fiscalía deba ajustar los cargos, lo que en algunos casos puede perjudicar al procesado –*como en los eventos analizados en el fallo con radicado 51007*[2]-, pero en otros

Sala Casación Penal@2020

---

[2] Sobre la posibilidad de introducir modificaciones a la premisa fáctica de la imputación, en dicho fallo se concluyó:

"Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adicionarla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o

puede favorecerlo, como cuando, luego de la imputación, se establece que el homicidio ocurrió bajo circunstancias de menor punibilidad; (vi) esos cambios pueden producirse por su propia actividad investigativa o por la información que logre recopilar la defensa –*cuando opta por compartirla para que la hipótesis inicial sea corregida*-; y (vii) es igualmente posible que en las fases anteriores al juicio la defensa plantee hipótesis alternativas fundadas, así, a juicio de la Fiscalía, no tengan el respaldo "*probatorio*" suficiente para modificar la hipótesis factual de la imputación a la luz de los lineamientos de los artículos 287 y 336.

6.2.2.2.2. El cambio de la calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena

Sala Casación Penal@2020

Esta modalidad de acuerdo es la que suele generar mayores dificultades en la práctica, tanto por la trasgresión del principio de legalidad –*en el sentido de la correspondencia entre las premisas fáctica y jurídica*- como por su utilización para conceder rebajas punitivas desbordadas.

---

específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo".

Ello sucedió, por ejemplo, en los dos casos analizados por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019, donde, sin ninguna base fáctica, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal (*marginalidad, ignorancia o pobreza extremas*), lo que dio lugar a que la pena prevista para el porte ilegal de armas de fuego se disminuyera en un 83%, así como a una rebaja igualmente considerable en un caso de abuso sexual donde aparece como víctima una mujer con discapacidad mental.

En estos casos el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Sala Casación Penal@2020

Lo anterior, sin perder de vista otros aspectos relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los

subrogados penales, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

6.2.2.2.2.1. La imposibilidad de optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes

El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Sala Casación Penal@2020

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están

demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo "*probatorio suficiente*".

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (*que en los casos analizados en la sentencia SU479 de 2019 ascendió al 83%*), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.

Sala Casación Penal © 2020

Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia

de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.

A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Concluyó la Corte Constitucional:

> *En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso.*

Sala Casación Penal @ 2020

Para establecer las implicaciones de estas decisiones de la Corte Constitucional en el margen de negociación de la Fiscalía General de la Nación, no puede perderse de vista que se trata de cambios de calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena o mejorar en cualquier otro sentido la situación jurídica del procesado. Igualmente, que la pretensión de la Fiscalía (*obviamente avalada por la defensa*) se orienta a que en la condena

se adopte una calificación jurídica que no corresponde a los hechos.

Visto de otra manera, lo resuelto en el fallo de constitucionalidad y en la sentencia de unificación simplemente impide que a los beneficios (*en ocasiones desbordados*) se les dé un ropaje jurídico que, en ocasiones, impide establecer su real proporción. Así, en los casos allí tratados, en lugar de establecer frontalmente que la pena se rebajaría en un 83%, se optó por incluir una circunstancia de menor punibilidad sin referentes fácticos debidamente acreditados, con lo que se logró el mismo efecto.

Sala Casación Penal@2020

Los cambios a la calificación jurídica sin ninguna base fáctica también generan otros efectos negativos, entre los que se destacan: (ii) extensos debates sobre los subrogados penales, pues mientras unos alegan que su estudio debe hacerse a la luz de la calificación jurídica que corresponde a los hechos jurídicamente relevantes, otros sostienen que el juez debe atenerse a la "*calificación jurídica*" producto del acuerdo; y (ii) en ocasiones pueden resultar agraviantes para las víctimas, como cuando se incluye un estado de ira que no tiene ningún fundamento factual, pero la calificación jurídica genera la idea de que el sujeto pasivo, de alguna forma, provocó la agresión.

6.2.2.2.2.2. Las diferencias entre esta modalidad de acuerdo y otras utilizadas en la práctica judicial

En la práctica se han utilizado otras modalidades de acuerdo, que tienen diferencias relevantes con la abordada en el numeral anterior.

Aunque el caso sometido a conocimiento de la Sala corresponde a la modalidad de acuerdo que se acaba de estudiar (*lo que será analizado más adelante*), para la mejor comprensión de la decisión resulta imperioso establecer las diferencias con otras variantes de negociación entre la Fiscalía y la defensa.

6.2.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

Sala Casación Penal@2020

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero

se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (*como en el evento analizado en el numeral anterior*). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (*que no corresponden a los hechos aceptados*), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Sala Casación Penal©2020

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a

normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.

Sala Casación Penal@2020

6.2.2.2.2.2.2. El cambio de la premisa fáctica incluida en la imputación

En su disertación, el impugnante da a entender que el acuerdo que en su momento celebraron la Fiscalía y la defensa estaba orientado a abandonar la premisa fáctica de la acusación (*VÁSQUEZ CIRO participó en la retención ilegal y el homicidio de la víctima*), para, en su lugar, adoptar la hipótesis alternativa propuesta por la defensa a lo largo de la actuación (*el procesado no participó en el homicidio, por lo que su actuación se reduce a lo acaecido luego de que Villalobos Ríos causara la muerte*).

Aunque más adelante se demostrará que ello no se aviene a la realidad procesal, la Sala debe hacer algunas

precisiones al respecto, en orden a facilitar la comprensión del presente fallo.

Se trata, sin duda, de una problemática sustancialmente diferente, porque no atañe a la aplicación de una norma que no corresponde a los hechos (*como en el evento analizado en el numeral 6.2.2.2.2*), sino a la modificación de la premisa fáctica, que apareja el respectivo cambio de la calificación jurídica.

Según se indicó en el numeral 6.2.2.2.1, el carácter progresivo de la actuación puede dar lugar a que los hechos descritos en la imputación sufran modificaciones, que pueden resultar favorables o desfavorables al procesado. Ello, sin perjuicio de la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación (CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007).

Sala Casación Penal 2020

En el trámite ordinario, la Fiscalía puede realizar esas modificaciones en la acusación, en los términos analizados en el fallo 51007, lo que, valga la repetición, en algunos eventos puede resultar favorable al procesado, como cuando se incluye una circunstancia de menor punibilidad que por alguna razón no había sido considerada en la imputación.

Ello podría presentarse, por ejemplo, cuando la Fiscalía imputa el delito de homicidio, porque al momento de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes del

C.P.P. solo cuenta con evidencias e información legalmente obtenida atinentes a que el imputado fue quien causó la muerte. Sin embargo, en desarrollo del programa metodológico logra establecer, bajo las mismas exigencias, que el sujeto activo actuó ante la provocación grave e injusta de la víctima. Bajo esas condiciones, la defensa podría estar interesada en que se ajusten las premisas fáctica y jurídica, en orden a que el procesado se someta a una condena anticipada a cambio de un beneficio en particular.

Incluso puede suceder que la calificación jurídica se modifique sin que haya sido cambiada la premisa fáctica y sin que ello implique un beneficio para el procesado –*en el contexto de los acuerdos*-, como cuando el fiscal advierte que las normas que seleccionó frente a los hechos incluidos en la imputación son equivocadas.

Sala Casación Penal@2020

Frente a ese tipo de situaciones, la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía aclare si el cambio de las premisas fáctica y jurídica corresponde a un beneficio o al hecho de ajustar el caso al ordenamiento jurídico (*CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007; entre otras*).

En estos casos, si se hacen las respectivas aclaraciones y demostraciones (*por ejemplo, explicar el sustento "probatorio" de la premisa fáctica modificada*), debería existir suficiente claridad acerca de cuáles cambios obedecen al ajuste del caso a la estricta legalidad y cuáles son las concesiones o beneficios producto del acuerdo.

Lo que insinúa el impugnante es un poco más complejo, porque se refiere a la posibilidad de cambiar (*sustancialmente*) los hechos de la ***acusación***, para solicitarle al juez que emita la condena por una hipótesis factual alternativa, que tiene aparejada una calificación jurídica diferente, mucho más favorable para el procesado.

La Sala no emitirá un pronunciamiento de fondo sobre la viabilidad legal de esa modalidad de acuerdo, porque el caso sometido a su conocimiento se resuelve bajo las reglas analizadas en el numeral 6.2.2.2.2.1.

Sala Casación Penal@2020

Para mantener la disciplina del precedente, esa temática solo puede ser objeto de desarrollo en el contexto de un caso que entrañe un verdadero debate sobre el particular. Según se demostrará más adelante, en este proceso el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa se redujo a un cambio de calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado a concederle al procesado una considerable rebaja de la pena.

6.2.2.2.2.3. Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, **también** debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

Sala Casación Penal@2020

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizada para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que la actuación de los fiscales está regida por el concepto de

discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.

El concepto de discrecionalidad reglada también ha sido desarrollado por esta Sala, principalmente en lo que atañe al "*juicio de imputación*" y "*el juicio de acusación*". En efecto, se ha aclarado que aunque los jueces no pueden ejercer control material sobre las actuaciones reguladas en los artículos 286 y siguientes (*imputación*) y 336 y siguientes (*acusación*), los fiscales tienen la obligación de acatar los presupuestos materiales de esas decisiones y deben cumplir los requisitos formales establecidos por el legislador, en buena medida orientados a garantizar los derechos del procesado y la debida configuración del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre otras).

Sala Casación Penal@2020

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (*cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena*) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.

Por el contrario, se advierte que en los ámbitos de "*disposición*" de la acción penal se acentúa el concepto de discrecionalidad reglada.

Así, por ejemplo, para solicitar la preclusión, el fiscal debe indicar "*los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación",* y, a partir de ello, debe fundamentar *"la causal incoada"* (Art. 333).

En esta norma subyace una idea trascendente para el tratamiento sistemático del tema que ocupa la atención de la Sala. En efecto, si se parte de la base de que los fiscales deben realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación, lo que implica, principalmente, la constatación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336 de la Ley 906 de 2004, así como un estudio cuidadoso de la normatividad aplicable, resulta razonable que expliquen en qué sentido ha variado esa situación, al punto que sea procedente la preclusión de la acción penal.

Sala Casación Penal@2020

Lo anterior confirma, además, que aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (*en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones*), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 may 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal.

Lo mismo sucede en materia de principio de oportunidad. Aunque en las discusiones previas a la expedición de la Ley 906 de 2004 se consideró la posibilidad de que el control a esta actividad fuera rogado, finalmente se optó porque operara automáticamente frente a la modalidad de renuncia al ejercicio de la acción penal. Luego, la Corte Constitucional concluyó que el control automático también procede frente a las modalidades de suspensión e interrupción (C-979 de 2005). Igualmente, existe consenso en que el control que realizan los jueces es formal y material, así como frente a la obligación de considerar los intereses de las víctimas y los demás aspectos constitucionalmente relevantes (C-209 de 2007, C-591 de 2005, entre otras).

Sala Casación Penal@2020

Frente a este tema, quedaría por resaltar que incluso en materia de archivos la actividad de la Fiscalía está sometida a reglas puntuales, no solo porque debe comunicar este tipo de decisiones a las víctimas y al Ministerio Público, sino además porque existe la oportunidad de solicitar al juez de control de garantías su revisión (art. 79 de la Ley 906 de 2004, desarrollado en la sentencia C-1154 de 2005).

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordar lo concerniente a los límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdos que celebren con el procesado, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Sala Casación Penal@2020

Sin embargo, todos ellos están sometidos a límites, incluso cuando el procesado no solo contribuye a la pronta solución de su caso, sino además cuando colabora "***eficazmente*** *para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información* ***esencial*** *para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada*" (*causal 5ª de principio de oportunidad*), como también cuando "*sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes…"* (*causal 6ª*).

Incluso en esos eventos, cuando el estado recibe una colaboración trascendente para combatir la delincuencia

organizada o lograr el esclarecimiento de delitos graves y la imposición de las respectivas sanciones, la Fiscalía tiene límites para el otorgamiento de beneficios, entre ellos: (i) sus decisiones están sometidas a control judicial formal y material, independientemente de la modalidad de principio de oportunidad de que se trate; (ii) la colaboración del procesado debe ser relevante (*eficaz, esencial*); (iii) las modalidades de suspensión e interrupción permiten verificar dicho requisito material antes de que el beneficio quede en firme; (iv) estos beneficios no operan frente a delitos de extrema gravedad (*art. 324, parágrafo 3º*); y (v) en cada caso deben ponderarse, entre otros aspectos, los derechos de las víctimas y la importancia de la colaboración para "*la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redunda en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves*" (C-095 de 2007, entre otras).

Sala Casación Penal@2020

En esa misma línea, la Sala advierte que el allanamiento unilateral a cargos, así como otras modalidades de acuerdo que no impliquen el cambio de calificación jurídica, tienen límites puntuales en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si el procesado toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el monto de la rebaja punitiva, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la

terminación anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado.

Bajo la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

La Sala no analizará pormenorizadamente estas normas, para mantener la atención en los aspectos relevantes para la solución del caso. La alusión a las mismas tiene como única finalidad resaltar que a lo largo del ordenamiento jurídico se establecieron límites para la concesión de beneficios, incluso en los casos de colaboración "*esencia*l" o "*eficaz*" para combatir la delincuencia organizada o esclarecer delitos graves.

Sala Casación Penal@2020

En todo caso, no puede perderse de vista que los beneficios más amplios, en el ámbito de la colaboración con la administración de justicia, están reservados para quienes prestan este tipo de colaboraciones. Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permita comprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos.

Lo anterior guarda armonía con las directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación sobre los criterios para la celebración de acuerdos, referidas

ampliamente en la SU479 de 2019 para resaltar que para esos efectos debe considerarse

> *(l)a naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad y el daño causado o la amenaza de los derechos constitucionales fundamentales, los intereses jurídicos protegidos, la ocurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, las personales del imputado o acusado y su historial delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuviera con el imputado y acusado. (…) la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos.*

> *En su tercera directriz sobre el objeto del preacuerdo, explicó que los preacuerdos deberán recaer sobre a) los términos de la imputación y b) la pena a imponer. En la directriz cuarta, fijó los límites de los preacuerdos y negociaciones entre los cuales contempló que, por ejemplo, cuando se trate de un concurso de conductas punibles el fiscal no podrá preacordar la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.*

Sala Casación Penal 2020

En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es **negativa**.

Lo contrario implicaría aceptar que todas las formas de concesión de beneficios, menos esa, están sometidas a

controles compatibles con el concepto de discrecionalidad reglada. Igualmente, aceptar una discrecionalidad ilimitada en ese ámbito implicaría entender, por ejemplo, que los beneficios para quien colabora eficazmente para desarticular una banda de delincuencia organizada están sujetos a la estricta reglamentación atrás enunciada, mientras que los otorgados a una persona para la "*solución*" de su caso operan sin ningún límite ni control, lo que trasgrede la más elemental idea de proporcionalidad, sin perjuicio de la afectación de la igualdad, la seguridad jurídica y, en general, la sujeción a la Constitución Política y la ley.

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes

Sala Casación Penal@2020

6.2.2.3. El sentido y alcance del requisito previsto en el último inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004

La norma dispone:

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

Como se desprende de su tenor literal, este artículo está orientado a proteger los derechos del procesado, concretamente su presunción de inocencia, en el sentido de que no podrá emitirse una condena fundamentada exclusivamente en su decisión de someterse a una de esas formas de terminación anticipada de la actuación penal.

Sala Casación Penal@2020

Esto, valga aclararlo, no constituye un requisito novedoso en nuestra tradición jurídica, porque en vigencia de otros sistemas procesales, frente a la confesión en sentido estricto, ya se había precisado lo siguiente:

> *Que la confesión sea el fundamento de la sentencia no significa, como a veces se entiende, que constituya su soporte probatorio determinante. Si así fuese, la norma de la reducción punitiva sería virtualmente inaplicable pues si la ley impone verificar el contenido de la confesión es normal que al hacerlo se logren otros medios de prueba con la aptitud suficiente para fundamentar el fallo. El significado de la exigencia legal, está vinculado es a la utilidad de*

la confesión. Y si se considera que su efecto reductor de la pena se condiciona a que tenga ocurrencia en la primera versión y en casos de no flagrancia, la lógica indica que fundamenta la sentencia si facilita la investigación y es la causa inmediata o mediata de las demás evidencias sobre las cuales finalmente se construye la sentencia condenatoria (CSJ SP, 16 de oct. de 2003, rad.15656, ratificada en CSJSP, 27 ene 2016, Rad. 38151).

Lo anterior guarda coherencia con el hecho de que el allanamiento a cargos y los acuerdos (*y, por regla general, el principio de oportunidad*) solo procedan a partir de la formulación de imputación, bajo el entendido de que esta solo es viable si "*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la imputación legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*".

Sala Casación Penal@2020

Por tanto, si el fiscal realiza el juicio de imputación con plena observancia de este límite material, no debe tener mayor dificultad para cumplir el requisito previsto en el artículo 327. Con mayor razón, cuando los acuerdos se celebran después de la acusación, toda vez que esta solo procede si "*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar,* ***con probabilidad de verdad***[3]*, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*" (Art. 336)

[3] Negrillas añadidas.

De otro lado, la norma también está orientada a garantizar, en la medida de lo posible, los derechos de las víctimas, especialmente en lo que concierne a conocer la verdad. Sin embargo, ello no puede lograrse en el mismo nivel que lo permitiría el juicio oral, precisamente porque estas formas de terminación anticipada de la actuación penal implican la supresión de esa fase del proceso. En el mismo sentido, y en el contexto del principio de oportunidad, la Corte Constitucional se refirió al sentido y alcance del estándar previsto en el artículo 327, aplicable tanto a esa figura como a los preacuerdos:

> *En efecto, la aplicación de cualquiera de las causales del artículo 324, exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, como quiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, para que el fiscal sopese la pertinencia de aplicar el principio de oportunidad.*

Sala Casación Penal@2020

> *Al respecto, es imposible exigir la convicción que sólo puede resultar después de concluido el juicio. El propio artículo 327 establece que para la aplicación del principio de oportunidad es necesario que haya "un mínimo de pruebas que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad." De lo contrario, no se respetaría la presunción de inocencia que el mismo artículo prohíbe "comprometer". De otro lado, exigir certeza sobre la autoría y la tipicidad plantearía el dilema de adelantar la investigación y el proceso penal hasta un momento tal que el principio de oportunidad perdería su razón de ser* (C-209 de 2007).

6.2.2.4. Las obligaciones de la Fiscalía frente a delitos graves cometidos en contra de personas vulnerables

En la sentencia SU479 de 2019 la Corte Constitucional hizo énfasis en las obligaciones del Estado frente a las personas especialmente vulnerables. Allí, se analizó la situación de una mujer víctima de abuso sexual, en la que, además, concurría una especial condición mental (*a pesar de su mayoría de edad, su desarrollo correspondía al de una niña*).

La Corte hizo énfasis en el especial cuidado con el que la Fiscalía debe abordar este tipo de casos, en los que personas especialmente vulnerables comparecen a la actuación penal en calidad de víctima de delitos graves.

Sala Casación Penal@2020

En el caso sometido a conocimiento de la Sala se advierte una situación semejante, tanto por la gravedad del delito (*homicidio*), como por las circunstancias en las que se encontraba la víctima, que la hacían especialmente vulnerable.

En efecto, la víctima no solo estaba privada de la libertad, lo que, de por sí, hace que el Estado asuma la posición de garante frente a su vida (*en condiciones dignas*), sino que, además, lo estaba ilegalmente, pues nada justificaba su retención luego de ser devuelto de la UPJ y trasladado a las afueras de la ciudad de Bogotá.

A propósito de la especial vulnerabilidad de la persona detenida ilegalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho énfasis en que, bajo esas condiciones, "*surge un riesgo cierto de que se vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada dignamente*" (*Caso de los "Niños de la calle" –Villagrán Morales y otros vs Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999*).

El fallo en mención es trascendente, además, porque trata la problemática del ejercicio de la violencia extrema (*homicidios*) en contra de grupos poblacionales que pueden resultar "*molestos*" a los ojos de quien hace caso omiso de la marginalidad y especial vulnerabilidad de sus integrantes.

Sala Casación Penal@2020

Igualmente, porque permite comprender que, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, existe una conexión entre la especial vulnerabilidad inherente a la condición de "*habitante de la calle*"[4] y la exposición a esta clase de graves afectaciones de los derechos humanos, no solo por las carencias económicas de estas personas, sino además porque la desconexión que suelen tener con sus grupos familiares facilita que este tipo de acciones puedan pasar desapercibidas.

---

4 Esta tema ha sido desarrollado con amplitud por la Corte Constitucional, entre otras en las sentencia T-057 de 2011, T-211 de 2004, C-385 de 2014 y T-398 de 2019.

Así, bajo el entendido de que la Fiscalía no está obligada a celebrar acuerdos con el procesado, en casos como estos (delitos graves cometidos en contra de personas vulnerables), la Fiscalía tiene obligaciones como las siguientes: (i) actuar con la diligencia debida al estructurar y ejecutar el programa metodológico, en orden a esclarecer lo sucedido; (ii) materializar en la mayor proporción posible los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición; (iii) tomar las medidas necesarias para la protección de la víctima en atención a su especial estado de vulnerabilidad; (iv) garantizar en cuanto sea posible la participación de las víctimas en la actuación penal, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico; y (v) analizar con especial cuidado si un eventual acuerdo con el procesado verdaderamente aprestigia la justicia y, en general, desarrolla los fines de estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, dentro del respectivo marco constitucional y legal.

Sala Casación Penal@2020

6.2.2.5. Resumen de las reglas aplicables al caso

En síntesis, para la solución del presente caso debe quedar claro lo siguiente:

Primero. En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o

reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos *(i)* la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; *(ii)* en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

Sala Casación Penal@2020

Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes **no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde**, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; *(ii)* así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; *(iii)* la alusión a una calificación jurídica que no corresponde **solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la

proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y *(v)* las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.

Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: *(i)* el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; *(ii)* el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, *(iii)* el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; *(iv)* su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

Sala Casación Penal@2020

Cuarto. Cuando se trata de graves atentados contra los derechos humanos, y, con mayor razón, cuando los mismos recaen sobre personas especialmente vulnerables, para la

celebración de acuerdos con el procesado los fiscales deben considerar, entre otras cosas: *(i)* las prohibiciones y límites establecidos por el legislador; (ii) los derechos de las víctimas y las necesidades de protección derivadas de su estado de vulnerabilidad; *(iii)* el deber de actuar con la diligencia debida durante la investigación y, en general, a lo largo de la actuación penal; *(iv)* la necesidad acentuada de esclarecer este tipo de hechos; y *(v)* el imperativo de que la negociación no afecte el prestigio de la administración de justicia, lo que claramente sucede cuando se otorgan beneficios desproporcionados y/o se pretende que en la sentencia se den por sentadas situaciones contrarias a la verdad.

Quinto. El estándar establecido por el legislador en el último inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004: *(i)* está orientado a proteger los derechos del procesado, especialmente la presunción de inocencia; *(ii)* se aviene a la tradición jurídica colombiana, ya que a lo largo del tiempo se ha considerado que la confesión del procesado –en sentido estricto- no puede ser soporte exclusivo de la condena; *(iii)* aunque es un estándar menor del previsto para la condena en el trámite ordinario, el mismo está orientado a salvaguardar, en la mayor proporción posible, los derechos de las víctimas; y *(iv)* si el fiscal realiza los juicios de imputación y de acusación conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales, no debe tener ninguna dificultad para cumplir este requisito.

Sala Casación Penal@2020

Y, **sexto.** El rol del juez frente a los acuerdos : *(i)* es diferente al que desempeña frente a la imputación y la acusación en el trámite ordinario, donde está proscrito el control material; *(ii)* lo anterior, sin perjuicio de que en dicho trámite –ordinario-, al emitir la sentencia el juez puede referirse ampliamente a los cargos de la acusación, bien en lo que atañe a su demostración y a la respectiva calificación jurídica; *(iii)* en el ámbito de los acuerdos, las partes le solicitan al juez una condena anticipada, sometida a reglas distintas, tal y como se ha explicado a lo largo de este proveído; *(iv)* pero, en todo caso, se trata de una sentencia, que constituye la principal expresión del ejercicio jurisdiccional; y *(v)* así, el juez debe verificar los presupuestos legales para la emisión de la condena, que abarcan desde el estándar previsto en el inciso último del artículo 327, hasta los límites consagrados en el ordenamiento jurídico para esta forma de solución del conflicto derivado del delito.

Sala Casación Penal@2020

Finalmente, debe recordarse que la modalidad de acuerdo referida por la defensa, orientada a la modificación de la premisa fáctica de la imputación o la acusación, no se desarrolla en este proveído, por resultar impertinente para la solución del caso.

6.2.3. El caso sometido a conocimiento de la Sala

6.2.3.1. La realidad procesal

La Fiscalía le imputó, solicitó medida de aseguramiento en su contra (*que fue concedida*) y acusó al procesado por el delito de homicidio agravado (*por la indefensión*), previsto en los artículos 103 y 104 –n*umeral 7*- del Código Penal, en concurso con el punible de privación ilegal de la libertad. Sobre los hechos, en el escrito de acusación se lee lo siguiente:

> *Ocurridos el 8 de enero de 2009 en horas de la mañana cuando en desarrollo de un procedimiento de rutina por parte de miembros de la Policía Nacional varias personas dentro de las que se destacan indigentes y vendedores ambulantes fueron trasladados en un camión con destino a la UPJ de la Estación de Policía Puente Aranda, sitio donde Robin de Jesus Gil Polindara (sic) "indigente" se opuso a que lo despojaran de su cobija, situación que motivó descontento por parte del patrullero Héctor Villalobos Ríos, quien nuevamente lo montó al camión y la emprendió con elemento contundente "bate" en contra de su humanidad, posteriormente al intentar el policial el ingreso a la celda del antes mencionado, le fue impedido por parte del policía de vigilancia, ante lo cual junto con el agente Alfonso Aníbal Vásquez Ciro nuevamente lo subieron al camión distinguido con placa (…), trasladando a la víctima al KM 8.404 vía a Choachí costado occidental, sitio donde Villalobos Ríos le propinó disparo con arma de fuego.*
>
> *Por los hechos narrados esta Fiscalía (…) formula acusación en contra de HÉCTOR VILLALOBOS RÍOS en calidad de autor (…) y ALFONSO ANÍBAL VÁSQUEZ, en calidad de coautor del delito de homicidio agravado, Arts. 103, 104-7 C.P., en concurso heterogéneo con el delito de privación ilegal de la libertad consagrado en el Art. 174 C. Penal.*

Sala Casación Penal © 2020

Según lo expuesto en el numeral 6.2.2.2.1, es razonable esperar que si la Fiscalía tomó estas decisiones es porque contaba con información suficiente para alcanzar los estándares previstos en los artículos 287 y 336 de la Ley 906 de 2004. En todo caso, con el descubrimiento probatorio reflejado en el escrito de acusación se hace palmario que contaba con suficiente información, pues allí se mencionan las evidencias físicas, los documentos, los testimonios y los dictámenes periciales que finalmente hizo valer en el juicio oral y que llevaron al Tribunal a emitir la condena, tal y como se precisó en el numeral 6.1. Ello, claro está, según el manejo de la prueba en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004.

Sala Casación Penal@2020

Aunque es claro que la imputación y la acusación no tienen control material, lo que incluye la imposibilidad de verificar si la premisa fáctica allí incluida tiene suficiente soporte "*probatorio*", también lo es que para la aprobación del acuerdo la Fiscalía tenía la obligación de presentar las evidencias que le brindan soporte a los hechos penalmente relevantes puestos a conocimiento de la Judicatura, en los términos previstos en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Luego de los acontecimientos procesales descritos en el numeral 3 de este fallo, el 15 de abril de 2010, cuando se iba a dar inicio al nuevo juicio oral, la Fiscalía manifestó que había logrado un acuerdo con la defensa. Con la autorización de la juez, procedió a leer los términos de dicho convenio. En cuanto a los hechos, señaló:

Ocurridos el día 8 de enero de 2009, en el kilómetro 8.404 vía a Choachí, sector donde Héctor Villalobos Ríos, ***quien se encontraba acompañado de ALFONSO ANIBAL VÁSQUEZ CIRO***[5]*, le propinó un disparo con arma de fuego a Róbinson de Jesús Gil Polindara, causándole la muerte.*

Sobre los términos del acuerdo, manifestó:

La Fiscalía ofrece al acusado a cambio de su aceptación de responsabilidad, atendiendo lo previsto en el No. 2 del art. 350 del C.P., y teniendo en cuenta las circunstancias como se conoce ocurrieron los hechos, readecuar la tipificación de la conducta de mayor entidad, esto es sustituir el homicidio agravado, por el delito de favorecimiento consagrado en el artículo 446 del Código Penal, con el incremento punitivo que contempla el inciso 2º ibídem, cuya pena oscila entre 64 a 216 meses de prisión (sic), conducta cometida en concurso con el delito de privación ilegal de la libertad. El acusado frente al ofrecimiento de la Fiscalía manifiesta que lo acepta, y en consecuencia se declara responsable en calidad de autor de tales conductas. Sobre la pena a imponer por parte de la señora juez, se tasa en 67 meses de prisión, quantum que atiende a la siguiente dosificación: 64 meses que corresponde a la pena mínima establecida para el delito de favorecimiento en el homicidio, incrementado en 3 meses por cuanto ***el delito fue cometido en la modalidad de concurso con privación ilegal de la libertad***[6] *(…).*

Sala Casación Penal@2020

[5] Negrillas fuera del texto original.
[6] Negrillas añadidas.

A renglón seguido, enunció las evidencias relacionadas en el escrito de acusación.

Hasta ese momento estaba claro que: (i) la Fiscalía mantenía, en esencia, los hechos de la acusación; (ii) la inclusión del delito de privación ilegal de la libertad confirma lo anterior, dada la relación inescindible entre el traslado irregular de Robinson de Jesús Gil Polindara a las afueras de la ciudad, por fuera del área de cobertura de los policiales, y el hecho de que fue precisamente en ese despoblado donde le segaron la vida; (iii) las evidencias relacionadas son las mismas que sirvieron de soporte a la acusación, que fue elaborada por el mismo fiscal que suscribió el preacuerdo; y (iv) hasta ese momento ni siquiera se había insinuado algún cambio de la premisa fáctica, al punto que el delegado del ente acusador resaltó que "*esta fiscalía le ofrece variar la calificación jurídica de la conducta de mayor entidad,* ***con el propósito de aminorar la pena***", para aclarar luego que no habría lugar a otros beneficios.

Sala Casación Penal@2020

Cuando se le corrió traslado de esta petición a la delegada del Ministerio Público, esta llamó la atención sobre la complejidad de la petición del fiscal, pues el acuerdo implicaba pasar de un homicidio agravado a un delito de encubrimiento. Tras señalar que en la acusación se relacionaron las evidencias físicas y demás información que soportan la hipótesis de la participación de VÁSQUEZ CIRO en la muerte de Gil Polindara, pidió aplazar la audiencia para estudiar el asunto con mayor cuidado. La juez accedió a esta

petición y dispuso que la audiencia se reanudaría el día siguiente.

En la fecha indicada, el delegado de la Fiscalía dijo que era necesario presentar nuevas evidencias para "*sustentar con mayor fuerza jurídica el preacuerdo a que se llegó*". Por tanto, solicitó un nuevo aplazamiento, al que también accedió la juez.

El 9 de junio siguiente se reinició la audiencia. En esa oportunidad, el fiscal trajo a colación la entrevista rendida por la compañera permanente del procesado, quien señaló que aquel 8 de enero este llegó a su casa alrededor de las 11 de la mañana y volvió a salir después de las 12, cuando Villalobos regresó para recogerlo.

Sala Casación Penal 2020

Igualmente, leyó en su integridad la versión rendida por Héctor Villalobos Ríos, ya condenado por el homicidio de Gil Polindara, quien señaló: (i) esa mañana, en compañía de VÁSQUEZ CIRO, se ocupó de trasladar a los supuestos contraventores a la UPJ; (ii) los retenidos estaban en alto grado de excitación, especialmente Gil Polindara; (iii) por "*un altercado*" que se presentó, este retenido fue devuelto; (iv) en su calidad de comandante de la patrulla, y habida cuenta de que la residencia de VÁSQUEZ CIRO quedaba cerca de la suya, dispuso que este se quedara desayunando con su familia y "*luego me fui para la casa a desayunar*; (v) tras "*haber sucedido unas circunstancias*" recogió de nuevo a VÁSQUEZ, a quien le pidió el favor de conducir hacia el

lavadero donde rutinariamente aseaban el camión; (vi) "*lavé el camión*", mientras VÁSQUEZ se fue a tomar tinto o jugo al frente del parqueadero; (vii) "*VÁSQUEZ estaba por ahí y no sabía nada de los hechos ocurridos (…) por ser mi compañero y estar en la patrulla también lo capturaron (…) VÁSQUEZ es inocente de los hechos por los cuales yo fui condenado, el no cometió ningún delito".*

Sin mencionar siquiera la copiosa información que sirvió de sustento al llamamiento a juicio, el delegado de la Fiscalía anotó que esta información "*permite descartar que ALFONSO VÁSQUEZ CIRO haya participado directamente en el homicidio*".

Sala Casación Penal@2020

A renglón seguido, el fiscal se refirió a los elementos estructurales del delito de favorecimiento. Tras reiterar que es infundada la hipótesis que vincula a VÁSQUEZ CIRO con la muerte de Gil Polindara, concluyó:

> *Se adecúa la conducta al encubrimiento, porque el actuar de VÁSQUEZ CIRO fue encubrir lo que sucedió y tenía la obligación de ponerlo en conocimiento, no solo en su calidad de agente sino como un ciudadano, al ir al lavadero y verificar que Villalobos estaba tratando de evadir su responsabilidad borrando evidencias al lavar el carro. Entonces es ahí donde se verifica el encubrimiento de VÁSQUEZ CIRO y por eso se hace la readecuación por vía de preacuerdo.*

Así, es claro que esta fue la primera vez que el fiscal planteó una hipótesis factual diferente, sin que pueda perderse de vista que: (i) si su nueva postura frente a los hechos estaba fundamentada principalmente en la versión de Villalobos Ríos, habría que concluir que el supuesto encubrimiento carecería de respaldo, pues este insistió en que fue el quien lavó el camión, que VÁSQUEZ CIRO no sabía nada de los hechos, que es inocente y que lo capturaron solo por ser su compañero; (ii) si pretendía adoptar dicha hipótesis factual como la más plausible –*tal y como lo planteó con insistencia*-, ningún sentido tenía incluir en el acuerdo el cargo por privación ilegal de la libertad, ya que el mismo está ligado a la decisión de trasladar a Gil Polindara a la vía intermunicipal donde le causaron la muerte; y (iii) aunque él mismo presentó la acusación, lo que permite suponer que conocía suficientemente la información que le sirvió de sustento, se limitó a mencionar las entrevistas de la compañera permanente de VÁSQUEZ CIRO y del ya condenado Villalobos Ríos.

Sala Casación Penal@2020

En cuanto a la versión de Héctor Villalobos, a simple vista se advierten inconsistencias y vacíos que, por tanto, no podían pasar desapercibidos para quien realizó el juicio de acusación, entre ellos: (i) dijo que dejó a VÁSQUEZ CIRO en su residencia y que luego se fue a desayunar a su casa, lo que impide entender cómo hizo para mantener controlado al furibundo retenido; (ii) no mencionó el homicidio, pues se refirió a ello como "*las circunstancias*", lo que denota su poco interés en aclarar este asunto; (iii) tampoco hizo alusión a las lesiones que le infligió a Gil Polindara, pues solo se refirió a

un "*altercado*"; y (iv) ni siquiera mencionó al uniformado que lo acompañaba cuando fue visto pasar por el CAI El Mirador. Lo anterior, sin perder de vista que ya la Fiscalía contaba con las entrevistas de los policiales que luego comparecieron al juicio oral, y sin perjuicio de la otra información reflejada en el descubrimiento probatorio, en la que finalmente se sustentó la condena (numeral 6.1).

A continuación, el fiscal procedió a leer las entrevistas de Jairo Florián Saavedra –*quien le arrendó al procesado la casa donde vivía para ese entonces*-, Andrea Florián Urrea –*hija del anterior*- y Jazmín Alfonso Morales –*trabajadora del restaurante aledaño a la residencia del procesado*-. Todos aseguran haber visto ingresar a VÁSQUEZ CIRO alrededor de las 11 de la mañana de aquel 8 de enero. El primero, dice que lo sabe porque mientras negociaba *"un carro de perros*" estaba pendiente de la hora del almuerzo; la segunda, porque a esa hora se comienza a preparar dicha comida en el restaurante; y, la tercera, ya que estaba lavando el patio, y esa actividad la realiza habitualmente en ese horario.

Sala Casación Penal©2020

Como bien lo resaltó la delegada del Ministerio Público durante el debate sobre la legalidad del acuerdo, debe tenerse en cuenta que estos testigos, incluso si se acepta que vieron al procesado en esa fecha en particular, entregaron información aproximada, que debió ser cotejada con la hora de salida del camión de la UPJ, el corto tiempo que transcurrió entre el paso de dicho carro por el CAI El Mirador y su regreso a la ciudad de Bogotá luego de producida la

muerte de Gil Polindara. Igualmente –agrega la Sala- con las evidencias y demás información relacionada en el escrito de acusación, que corresponden a las pruebas finalmente practicadas en el juicio, analizadas en el numeral 6.1.

En todo caso, llama la atención que el fiscal, a sabiendas de que la juez no conocía el contenido de ninguna de las evidencias en mención, se limitó a leer y hacer énfasis en las aportadas por la defensa, sin estudiarlas críticamente y, principalmente, sin analizarlas en conjunto con la copiosa información que tuvo en cuenta para formular imputación, solicitar medida de aseguramiento, acusar al procesado y, luego, solicitar la condena.

Sala Casación Penal@2020

A la compleja e indefinida postura de la Fiscalía se aunó la intervención de la delegada del Ministerio Público, quien, para oponerse a la aprobación del acuerdo, no se limitó a explicar por qué la hipótesis de la acusación era la más plausible. En una parte de su intervención optó por introducir una nueva hipótesis factual, compatible con la idea de que VÁSQUEZ CIRO sí fue dejado en su casa, pero, aun así, debía responder penalmente por el homicidio, porque era su deber evitar que su compañero Villalobos Ríos continuara con la agresión que inició en la UPJ.

En su intervención, el defensor destinó buena parte de su tiempo a replicar la nueva propuesta factual introducida por la delegada del Ministerio Público. Finalmente, hizo varias anotaciones que disipan cualquier duda que pudiera

existir sobre la naturaleza del acuerdo celebrado con la Fiscalía. En efecto, sobre el cargo de detención ilegal, dijo:

> *Ni siquiera se tiene un supuesto fáctico por ninguna parte y la defensa es consciente de eso, pero tiene que ceder en eso en procura de encontrar el preacuerdo. Y el Ministerio Público no se pronuncia frente a esto (…) Tenemos que darnos la pela de aceptar ese cargo porque hace parte del preacuerdo, y ahí sí que ni en la acusación ni en ninguna parte aparece fundamentado, ni siquiera fácticamente, mucho menos desde el punto de vista probatorio.*

Ante esta situación caótica, la juez, tras advertir las diferencias entre los hechos de la acusación y los referidos por las partes en el ámbito del acuerdo que pusieron a su consideración, le pidió al fiscal que le hiciera "*un relato claro de los hechos en los cuales usted basó el preacuerdo, para verificar si efectivamente existe o no fundamento del mismo*". El delegado del ente acusador respondió:

Sala Casación Penal@2020

> *En efecto los hechos fueron plasmados en el acta de preacuerdo, pero son los mismos que estaban en el escrito de acusación.*

> *Pero, en realidad, los hechos de los cuales se infiere el cambio de calificación jurídica a favorecimiento son los que tuvieron lugar el 8 de enero del año 2009 en el kilómetro 8.4 de la vía hacia Choachí, en ese sector Héctor Villalobos Ríos le propinó un disparo con arma de fuego a Robinson de Jesús Gil Polindara, lo trasladó hasta ese lugar al interior de un camión de la Policía donde prestada su servicio en la Estación de Puente Aranda. De regreso, bajó hasta el lugar de residencia de ALFONSO VÁSQUEZ CIRO, lo recoge y se trasladan hasta el lavadero donde* ***pretende*** *borrar algunas*

evidencias del camión como manchas de sangre, etcétera. Entonces, esta es la situación fáctica que se desprende o mejor desde la cual se readecúa el tipo penal.

Sin mayor esfuerzo se advierte que esta última descripción de los hechos solo atañe a la responsabilidad penal de Héctor Villalobos Ríos, quien ya había sido condenado en otro proceso. El relato no contiene ni una sola situación factual atinente a un delito atribuible a VÁSQUEZ CIRO, pues incluso se resaltó que fue Villalobos quien "pretendió" borrar las evidencias, lo que coincide plenamente con la entrevista rendida por este, donde hizo hincapié en que su compañero no sabía nada acerca de los hechos y no cometió ningún delito.

Sala Casación Penal@2020

En síntesis, se tiene lo siguiente: (i) en su primera intervención la Fiscalía expresó su decisión de cambiar la calificación, en el sentido de mutar el homicidio en favorecimiento, lo que constituiría el único beneficio concedido en virtud del preacuerdo; (ii) para esos efectos, reiteró aspectos esenciales de la premisa fáctica de la acusación; (iii) en ese contexto, mantuvo el cargo por privación ilegal de la libertad, que solo es compatible con la hipótesis expuesta en la acusación, según la cual VÁSQUEZ CIRO acompañó a Villalobos hasta el despoblado donde se le segó la vida a Gil Polindara; (iv) solo cuando la delegada del Ministerio Público hizo notar los problemas del acuerdo, el delegado de la Fiscalía cambió su línea argumentativa, en el sentido de decir que la hipótesis más plausible es que VÁSQUEZ CIRO se limitó a "encubrir" a su compañero; (v)

para ello, se basó exclusivamente en las evidencias de descargo, sin tener en cuenta que esa nueva postura era incompatible con lo expuesto por el principal testigo –Villobos Ríos-, quien hizo énfasis en que su compañero no sabía nada de lo sucedido, no ayudó a lavar el carro y no cometió ningún delito; (vi) sin embargo, en la parte final de la audiencia, cuando la Juez le pidió que concretara los hechos, no incluyó en su relato los presupuestos fácticos de la responsabilidad de VÁSQUEZ CIRO; (vii) aunque él mismo realizó el juicio de acusación y elaboró el respectivo escrito –*donde aparecen relacionadas la información que finalmente condujo a la condena*-, no tuvo en cuenta nada de esto, a pesar del fuerte respaldo que le imprimía al llamamiento a juicio, sin perjuicio de que hacía evidentes las contradicciones y omisiones del relato de Villalobos Ríos; y (vii) según el defensor, VÁSQUEZ RÍOS estaba dispuesto a aceptar el delito de privación ilegal de la libertad, a pesar de que, según la defensa, no tenía base fáctica ni fundamento "*probatorio*".

Sala Casación Penal@2020

En este orden de ideas, aunque luego de presentar los términos del acuerdo y tras ser confrontado por la delegada del Ministerio Público el fiscal trató de dar otras explicaciones para sustentar su legalidad, lo cierto es que los términos del mismo no fueron modificados y, por lo tanto, es claro que no se trató de un acuerdo orientado a optar por una premisa factual alternativa. Ello no solo se desprende del contenido del convenio -trascrito en precedencia-; también se infiere de lo siguiente: (i) los hechos narrados en el acuerdo coinciden, en esencia, con lo expuesto en la acusación; (ii) predicar que VÁSQUEZ CIRO se limitó a brindar una ayuda posterior al

homicidio, necesariamente implica descartar su participación en la retención ilegal; (iii) de aceptarse, en contra de la evidencia, que para ese entonces la hipótesis más plausible era la de un aporte posterior a la muerte, implicaría aceptar la ilegalidad del acuerdo, por la inclusión de un cargo –*privación ilegal de la libertad*- sin base fáctica y sin un mínimo soporte en las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida, lo que sería contrario a lo previsto en el inciso final del artículo 327; y (iv) la plausibilidad de esa supuesta hipótesis tendría que haberse explicado a la luz de la evidencia en su conjunto, y no a partir del abordaje fragmentario y acrítico de las aportadas por la defensa.

Por lo expuesto, la Sala concluye que el acuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa corresponde a lo expresado por el delegado del ente acusador al inicio de la audiencia celebrada el 15 de abril de 2010, esto es, que se trataba de un cambio de calificación jurídica, sin base fáctica, orientado a concederle beneficios punitivos al procesado.

Sala Casación Penal@2020

A la luz de la evidencia y demás información que sirvió de sustento a la acusación, el Tribunal, con razón, concluyó que la hipótesis factual por la que se hizo el llamamiento a juicio encontraba un fuerte respaldo en esas evidencias físicas, dictámenes periciales, entrevistas, etcétera. Ello, le restaba plausibilidad a la hipótesis alternativa, que tenía como soporte principal la versión del otro policial, quien, a pesar de haber sido ya condenado por estos hechos –por lo que

no asumía riesgos adicionales con su declaración-, se mostró notoriamente elusivo, al punto que no se pronunció frente a varios aspectos centrales de este caso, entre ellos, las circunstancias que rodearon el homicidio, la identidad del uniformado que lo acompañó al lugar donde se produjo la muerte, etcétera.

Ello, sin perjuicio de las contradicciones en que incurrió el fiscal, y de las manifestaciones que hizo el defensor en el sentido de que VÁSQUEZ CIRO se "*estaba dando la pela*" al aceptar un delito sin ninguna base fáctica, pues esto último era suficiente para concluir que el acuerdo era inviable, por las razones expuestas en el numeral 6.2.2.3.

Sala Casación Penal@2020

Finalmente, no puede pasar desapercibida la actitud que asumió el delegado de la Fiscalía ante un delito de grave violación de derechos humanos, cometido en contra de una persona en condiciones de vulnerabilidad. En efecto, cuando la representante del Ministerio Público hizo notar los problemas del acuerdo, el fiscal procuró a toda costa justificar la negociación, al punto que se apartó totalmente de la copiosa información que sirvió de soporte a la acusación y se ocupó únicamente de las entrevistas que le suministró la defensa, entre las que sobresale la versión incompleta e interesada de Héctor Villalobos Ríos.

Finalmente, si se tiene en cuenta la pena prevista para el homicidio agravado (400 a 600 meses) y que la pena establecida en virtud del referido acuerdo fue de 64 meses,

es claro que lo pactado por la Fiscalía y la defensa frente a este delito implicaba una rebaja muy sustancial de la sanción (84%), incluso si se parte del extremo mínimo de la pena prevista en el artículo 104 del Código Penal.

6.2.3.2. El sentido de la decisión

No hay lugar a la nulidad que solicita el impugnante, porque el Tribunal, en calidad de juez de segunda instancia, se limitó a verificar los presupuestos legales para la emisión de una condena anticipada, lo que hace parte de sus funciones jurisdiccionales.

Sala Casación Penal@2020

En desarrollo de esa función, encontró que la hipótesis de la acusación tenía un respaldo suficientemente amplio en las evidencias presentadas por la Fiscalía, por lo que consideró improcedente el cambio de calificación jurídica realizado en virtud del acuerdo. Su argumentación incluyó, en esencia, los mismos aspectos analizados en el numeral 6.1., los que armonizó con el contenido de la sentencia C-1260 de 2005.

No se trató, como lo propone la defensa, de un cambio de la premisa fáctica, sino de la inclusión de una calificación jurídica alejada totalmente de los hechos, orientada exclusivamente a la concesión de un beneficio punitivo en virtud del cual la pena procedente se reduciría en más del 84%. Ello entre otras cosas porque: (i) en ningún momento

se aclaró que la premisa fáctica sería modificada; (ii) el análisis conjunto de las evidencias físicas y la información legalmente obtenida permitía concluir que la hipótesis factual incluida en la acusación tenía (*y sigue teniendo*) un respaldo abrumador, lo que permite descartar la plausibilidad de la hipótesis defensiva; y (iii) al punto que la Fiscalía mantuvo el delito de privación ilegal de la libertad, que, en este caso, tiene una relación inescindible con el homicidio.

Ante un caso de extrema gravedad, cometido en contra de una persona especialmente vulnerable, y bajo las condiciones atrás indicadas, la Fiscalía optó por un acuerdo que implicaba:

Sala Casación Penal@2020

Primero, una calificación jurídica totalmente alejada de los hechos jurídicamente relevantes, lo que entraña una flagrante violación del principio de legalidad.

Segundo, un descuento punitivo muy superior a los máximos previstos en el ordenamiento jurídico, incluso si se le compara con el beneficio previsto para la aceptación de los cargos en la primera fase de la actuación penal. Ello, bajo el entendido de que el único "*beneficio*" que recibiría la administración de justicia sería la pronta terminación de ese proceso, sin que pueda perderse de vista que: (i) el acuerdo se presentó cuando estaba ad portas de comenzar el juicio oral, (ii) no se consideró la reparación de las víctimas, y (iii)

el procesado no colaboró de ninguna manera para esclarecer los hechos o lograr la judicialización de otras personas.

Y, tercero, la calificación jurídica por la que se optó es compatible con la idea de que en la muerte de la víctima solo participó un policial, lo que es contrario a la realidad que enfrentó el ciudadano Robinson de Jesús Gil Polindara, quien se encontraba indefenso, a merced de los dos integrantes de la patrulla, lo cual afecta gravemente el derecho a la verdad que asiste a las víctimas del delito.

Bajo esas condiciones, resulta infundado afirmar que el Tribunal se extralimitó en sus funciones al revocar la decisión aprobatoria del acuerdo, emitida por el juzgado de primera instancia. Ello, sin perjuicio de los otros aspectos problemáticos del acuerdo y de los argumentos que la Fiscalía y la defensa presentaron frente al mismo, analizados en el anterior numeral.

Sala Casación Penal @ 2020

Por lo expuesto, se desestimará la pretensión del impugnante.

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Aclaró Voto

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

ACLARO VOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

Sala Casación Penal@2020

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Radicado 52.227.
Aclaración de voto.
Acta 130 de 24 de junio de 2020.
Procesado: ALFONSO ANÍBAL VÁSQUEZ CIRO y otro.
Delito: Homicidio y otro.
Mag. S.V. Parcial: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Tema. Prueba mínima para condenar y otorgar beneficios en los preacuerdos y otros.

1. ANTECEDENTES

A los procesados ALFONSO ANIBAL VÁSQUEZ CIRO y HÉCTOR VILLALOBOS RÍOS, la Fiscalía les imputó y acusó por los delitos de homicidio agravado y privación ilegal de la libertad.

Antes de iniciarse el juicio oral VÁSQUEZ CIRO celebró preacuerdo en el que aceptó la responsabilidad por el delito de encubrimiento, en concurso con privación ilegal de la libertad, el que fue aprobado por el a quo y luego se revocó por el Tribunal Superior de Bogotá, en decisión del 24 de enero de 2011.

Rehecha la actuación el juez de primera instancia profirió sentencia absolutoria, la que fue impugnada, por lo que el Tribunal la revocó para condenarlo como

coautor de homicidio agravado, en calidad de coautor y mantuvo la absolución por la privación ilegal de la libertad.

3. Problemas jurídicos respecto de los cuales aclaro voto parcialmente.

Los criterios con base en los cuales la Sala mayoritaria resolvió los problemas jurídicos que enuncio a continuación, no los comparto o parcialmente estoy de acuerdo con el enunciado y desarrollo.

a). El control constitucional formal y material del preacuerdo

b). Los fines de los preacuerdos.

c). Los límites

d). Las rebajas de pena como beneficio.

e). Conductas punibles excluidas de las negociaciones.

f). Las hipótesis más plausibles de la fiscalía y la defensa.

g). Mínimo de prueba en los preacuerdos (SU479 de 2019).

4. Mi criterio en materia de preacuerdos.

En esta oportunidad me ratifico sobre la dogmática que he presentado para los preacuerdos, expuesta, entre otros, en los radicados 52373, 46684, 44562, 47732, 52373,45736,51007, 55954, 55166 y 54954.

Quiero en esta oportunidad subrayar la regla rectora de los negocios jurídicos en la terminación anticipada del proceso:

No son negociables los hechos, la materialidad y la consiguiente responsabilidad penal por el delito cometido. El beneficio sí puede ser objeto de transacción jurídica y tiene incidencia únicamente en la sanción a imponer por la licitud consumada.

La sanción individualizada que corresponde a la responsabilidad penal aceptada (por el delito cometido) puede ser sustituida o reducida por razón del beneficio otorgado (justicia premial autorizada por política criminal), de donde resulta que lo negociable entre las partes es el beneficio por la aceptación de cargos.

El beneficio debe traducirse en un guarismo, según la modalidad por la que se opte, y, éste será el que se aplique a la sanción, a saber: **un monto determinado** de la sanción prevista para el delito consumado, o la cantidad que represente el pacto por **degradación** (deducción del equivalente a una agravante o cargo específico) o el equivalente a una tipicidad relacionada de reproche punitivo menor (**readecuación**). Estas situaciones generan las modalidades de preacuerdo simple, con degradación, readecuación típica, sin rebaja de pena y con culpabilidad preacordada.

Para que los preacuerdos y allanamientos sean oponibles a las partes e intervinientes, además deben ajustarse a sus fines que son los señalados en el artículo 348 del C de P.P. y asumirse a partir de la prueba mínima que sustente la ilicitud, autoría y la responsabilidad (art. 327 del C.P.), sin desconocimiento de las garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

5. Límites constitucionales de la jurisprudencia y el precedente jurisprudencial.

Por vía de hermenéutica, en materia penal, las sentencias de las altas cortes, tribunales y juzgados, no pueden “ampliar la

punibilidad" ni hacer interpretación "analógica in malam partem" (C- 645/12).

Constitucionalmente y en lo que concierne al derecho penal, las regulaciones prohibitivas, restrictivas, que agravan o desmejoran, su establecimiento es de competencia exclusiva del Congreso de la República, presupuesto éste sin el cual el juez no puede hacerlas exigibles.

El administrador de justicia, sobre materias no reguladas o respecto de la aplicación de lo establecido legalmente, no puede asignar consecuencias **o alcances** más gravosos o restrictivos, estas específicas materias están vedadas al juez, cuando la decisión judicial tiene esta orientación debe contar con un fundamento legal expreso, que por reserva de la configuración legislativa no le compete a la administración de justicia.

La jurisprudencia puede determinar el significado del texto legal y su alcance en la aplicación, a través de la interpretación. El ejercicio de tal potestad tiene límites, en principio, debe circunscribirse al objeto al que se refiere el supuesto de hecho que está contenido en la disposición examinada.

Vía jurisprudencial, la fijación de una regla comprendida en el supuesto de hecho expresamente regulado tiene obligatoriedad, pero si tal interpretación desborda la materia reglamentada, porque extiende su alcance a una situación no contemplada, esta únicamente será oponible y exigible cuando es favorable a la situación jurídica del acusado, no en el caso contrario.

Las anteriores afirmaciones tienen apoyo en la Carta Política, las normas rectoras del C.P. y C.P.P. y, especialmente en los artículos 5, 8 y 45 de la Ley 57 de 1887, reglamentada por el Decreto 1083 de 2015. Estas últimas imponen como reglas al juez en los juicios penales: i) Que "los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna"; ii) La aplicación de leyes a casos o materias semejantes procede solamente cuando no tienen regulación expresa y, iii) la hermenéutica es para "fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

La dialéctica entre el intérprete y la ley si es respetuosa de la materia regulada con las diversas variantes que se asignan a ésta es interpretación extensiva, este entendimiento máximo del supuesto de hecho respeta el principio de legalidad, es admisible, el alcance así concebido está autorizado porque registra la voluntad del legislador, cabe sin sacrificio de garantías en los

casos a que se refiere el texto legal. Lo contrario es prohibido, no es interpretación extensiva, es aplicación analógica, cuando la circunstancia fáctica no está contemplada en el mandato y se le asignan consecuencias gravosas en relación con el asunto sub judice al que está vinculado el incriminado.

Es analogía resolver un asunto no regulado por la ley con lo establecido por otro texto legal. La solución normativa para el asunto sub judice no existe, se crea con la decisión judicial y, cuando ello ocurre con orientaciones que desfavorecen la situación jurídica del procesado en materia penal, es aplicar analogía in malam partem, la que está proscrita constitucional y legamente en el ordenamiento jurídico colombiano para todos los administradores de justicia, cualquiera sea la jurisdicción a la que pertenezcan.

El examen gramatical, lógico, histórico y sistemático de la oración normativa, si la interpretación es de naturaleza restrictiva, prohibitiva, de mayor punibilidad, cuando el texto no la admite expresamente, por las razones dichas, es asignarle por el administrador de justicia un alcance que empeora la situación jurídica del procesado, desmejora las garantías y condiciones establecidas por el legislador, es asignar consecuencias que por voluntad del creador de la regulación no incluyó ni estableció, lo que vulnera los principios superiores de legalidad y competencia

exclusivas, a los cuales estamos sometidos **todos** los jueces y magistrados por mandato constitucional, sin importar la decisión en que se asuma.

Dicho lo que se ha escrito, aplicare en esta aclaración de voto el entendimiento de los límites que se tiene en los pronunciamientos judiciales para construir jurisprudencia o sentar precedentes.

6. Control formal y material de los allanamientos y preacuerdos.

Es innegable que no se pueden asimilar el control material y los presupuestos para dictar una sentencia (anticipada u ordinaria). Tales actos son presupuestos procesales y expresiones del debido proceso que en ningún caso pueden omitirse ni refundirse.

Pero, el problema a resolver, en los preacuerdos, es de si tiene control material el juez respecto de la imputación o acusación o los cargos formulados en los procesos ordinarios y los abreviados (allanamiento y preacuerdos) en el sistema acusatorio.

La línea jurisprudencial consolidada que se cita en la providencia de la que salvo el voto sobre el no control material en los procesos ordinarios y abreviados, respeto de la imputación y acusación, no es pacífica ni unánime, es solamente mayoritaria, por lo menos el suscrito lo único que acepta es la imposibilidad de hacerse cuestionamientos a los hechos atribuidos en la imputación, pero de ahí en adelante esos supuestos y sobre la premisa jurídica, he reconocido la potestad del juez de hacer control material de **naturaleza constitucional** a todos los actos del fiscal, trátese de proceso abreviado u ordinario, de imputación o acusación o sentencia, para salvaguarda de las garantías debidas. Me remito a los salvamentos de voto que he presentado al respecto.

Cómo no hacer control material constitucional a una imputación o acusación en un juicio ordinario o allanamiento o preacuerdo, en donde la fiscalía atribuya un delito que raya con los hechos judicializados. Por ejemplo, atribuir falso testimonio al incriminado, con base en sus manifestaciones sobre los hechos que se le investiga o enjuicia (bien en el interrogatorio a indiciado o en el testimonio rendido en el juicio oral).

El juez es constitucional y la vulneración de garantías no necesita creación legal para que ejerza ese control el administrador de justicia, porque a ello está compelido por la Carta Política.

7. Los fines de los preacuerdos son sus límites legales.

Los Fines de los preacuerdos son los consignados en el artículo 348 del C de P.P. y por tanto a su vez constituyen los únicos límites a la conducta de las partes en su celebración.

Los límites no pueden adicionarse con criterios jurisprudenciales ni acudiendo a supuestos de otros mecanismos establecidos, por más loables que sean, so pena de hacerse más gravosas las exigencias que la ley establece para tener derecho a los beneficios que se derivan de los preacuerdos o allanamientos.

Haciendo referencia a la sentencia SU479, señala la providencia de la que aclaro voto, que:

> "Incluso en esos eventos, cuando el estado recibe una colaboración trascendente para combatir la delincuencia organizada o lograr el esclarecimiento de delitos graves y

la imposición de las respectivas sanciones, la Fiscalía tiene límites para el otorgamiento de beneficios, entre ellos: (i) sus decisiones están sometidas a control judicial formal y material, independientemente de la modalidad de principio de oportunidad de que se trate; (ii) la colaboración del procesado debe ser relevante (*eficaz, esencial*); (iii) las modalidades de suspensión e interrupción permiten verificar dicho requisito material antes de que el beneficio quede en firme; (iv) estos beneficios no operan frente a delitos de extrema gravedad (*art. 324, parágrafo 3º*); y (v) en cada caso deben ponderarse, entre otros aspectos, los derechos de las víctimas y la importancia de la colaboración para "*la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redunda en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves*" (C-095 de 2007, entre otras).

Bajo la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

"En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden

> derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes".

Por no avenirse a las competencias y facultades constitucionales que los administradores de justicia en la resolución de los asuntos judiciales y constituir exigencias más gravosa, no exigidas expresamente por el legislador para los preacuerdos, no son aplicables las siguientes hipótesis: a) El artículo *324, parágrafo 3º* del C.P. y el carácter eficaz y esencial de la colaboración del procesado solamente es aplicable para el principio de oportunidad y no puede tenerse en cuenta para los preacuerdos; b) el arrepentimiento del procesado, no es requisito que la ley exija para los preacuerdos ni negociaciones y la actitud frente a los beneficios económicos no puede involucrar la obligación contenida en el artículo 349 al allanamiento, como lo establecen decisiones mayoritarias de la Sala; tampoco la ley exige para celebrar los negocios jurídicos que conllevan a la terminación anticipada del proceso el "suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes".

Observó que al explicarse los límites del fiscal se hace la siguiente afirmación que constituye un dicho de paso pues no encuentro la estrecha relación con el tema resuelto y además no es decisión unánime sino mayoritaria de la Sala: *"Lo anterior se*

aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 may 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal".

En Colombia todas las modalidades delictivas, cualquiera sea el momento procesal, desde que no se haya proferido sentido del fallo, es posible la celebración de preacuerdos, lo que no tienen todas las modalidades de éste es necesariamente beneficios.

8. Las hipótesis alternativas plausibles de la fiscalía y la defesa.

La decisión mayoritaria hace referencia a la hipótesis alternativa plausible, sobre la que resulta pertinente hacer los siguientes discernimientos que en otrora presenté.

Si varias hipótesis cuentan con un mínimo de prueba en la actuación, el preacuerdo puede admitir como delito cometido la que cuente con mayor aceptación por razonabilidad, lógica y solidez probatoria y como beneficio la otra, siempre que sea la más favorable.

Hay que tener presente que no se puede reconocer como beneficio lo que constituye un derecho para el procesado en detrimento de su mejor tratamiento sancionatorio, al que la Carta Política no le permite renunciar.

Los derechos del procesado deben reconocerse de manera incondicional en el proceso penal por las autoridades que conozcan de la actuación. Es un derecho inquebrantable que se juzgue y se defina como tipicidad estricta la conducta de una persona demostrada con prueba creíble, que supera los parámetros de la sana crítica, para fundar la certeza del fiscal o el juez.

En el proceso penal se tiene certeza de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, o se cuenta con fundamentos probatorios (así sean mínimos) que los demuestran, caso en el cual la fiscalía no puede obrar de manera diferente a lo que corresponde a la estricta tipicidad para los preacuerdos. Si la respuesta es negativa a los anteriores supuestos o hay duda insuperable sobre tales categorías, surgen no meras hipótesis o posibilidades, sino situaciones que estructuran derechos reconocibles en favor del procesado y no pueden desconocerse

dándoles tratamiento de beneficio, porque de esta manera se sacrifican garantías constitucionales del procesado.

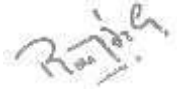
Si el problema planteado con la tesis de la hipótesis alternativa plausible conlleva al concurso aparente de tipos, las partes no pueden a su arbitrio elegir cualquiera de las modalidades delictivas aparentes, sino la que se aviene necesariamente al caso, es una disyuntiva que se resuelve con la adecuada apreciación jurídica o la prueba allegada al proceso. En este último caso se resuelve con la aplicación de las reglas de la sana crítica para determinar la credibilidad y certeza para el caso concreto y a partir de ellas definir la tipicidad estricta que le corresponde a la conducta. En esta tarea resulta intrascendente que se opte por la modalidad más grave o favorable, lo que se busca es la administración de una justicia material que corresponda a la responsabilidad penal por el delito cometido y demostrado con prueba admisible y veraz.

Lo que el Fiscal no demuestra no puede incorporase como parte de la tipicidad estricta (delito cometido), ese supuesto sí puede hacer parte del preacuerdo para definir el beneficio en un monto de sanción que equivalga a una categoría jurídica que arroje un descuento en el negocio jurídico.

El titular de la acción penal, debe tener en cuenta la hipótesis derivada de la tarea investigativa y probatoria de la defensa, si son fundadas y legalmente admisibles, solo en estas condiciones el Fiscal tiene que incluirlas en la responsabilidad que ha de atribuir como tipicidad estricta para el preacuerdo, pues serían en esas condiciones derechos inquebrantables y fundados del inculpado.

En el proceso penal a la conducta se le debe calificar como corresponda su adecuación a un tipo penal, esa es la base para que a partir de ahí se haga la negoción o se concrete el beneficio.

Si se encuentra prueba que sustenta aparentemente la adecuación de la conducta en diferentes tipos penales, no es eligiendo la más favorable como se resuelve el problema jurídico para efectos del preacuerdo, es analizando la prueba con los principios de la ciencia, la experiencia y la lógica y el sentido común, de tal modo que establecida la credibilidad que amerita la prueba fundante del cargo, se opte por la que dé convicción de la hipótesis delictiva comprobada y esa será la que se debe elegir para la imputación jurídica del negocio jurídico y a partir de ella negociar el beneficio.

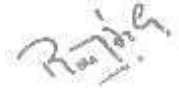


Se degradarían las garantías fundamentales del procesado, si la hipótesis delictiva elegida como tipicidad estricta fuese la que no cuenta con respaldo probatorio y también si se opta por la que lo tiene y se tenga como beneficio la calificación dada, pues ésta es la que probatoriamente correspondía a la estricta tipicidad.

Las hipótesis alternativas plausibles de las partes no constituyen un criterio para definir la estricta tipicidad, este problema probatorio lo que conlleva es a determinar la prueba creíble y lo que ella demuestra, o la acertada interpretación de la ley penal en el proceso de adecuación, para no violentar la adecuación típica y la otra hipótesis sí puede ser considerada, ya no como fundada, para negociar el beneficio.

Ahora bien, si las dos alterativas delictivas cuentan con respaldo mínimo probatorio y no hay forma de superar la situación, es un derecho del procesado que se resuelva su situación por el reato más favorable y este será el cometido para los efectos del preacuerdo.

9. Mínimo de prueba en los preacuerdos (SU479 de 2019).



La concurrencia de hipótesis factuales o jurídicas de las partes en los diferentes momentos procesales anteriores al inicio del juicio oral, no necesariamente constituyen el escenario para los preacuerdos, lo son únicamente aquellas que sean divergentes, pero además no lo serán si los supuestos de la defensa son fundados probatoriamente, pues dejan de ser expectativas para convertirse en un derecho como expresión del debido proceso y defensa, a nadie se le puede juzgar y condenar por delitos que no ha cometido, ese es el fundamento de la estricta tipicidad y legalidad de los negocios jurídicos.

Los hechos del caso pueden presentar "diferentes estándares a lo largo de la actuación", como se afirma en la providencia mayoritaria, pero con los límites de obedecer a los registrados en la imputación y los posteriores no pueden agravar ni comprender supuestos no incluidos en aquella, así como también es necesario tener presente lo señalado en el párrafo anterior.

Se sostiene por la mayoría de la Sala que "la Fiscalía deba ajustar los cargos, lo que en algunos casos puede perjudicar al procesado –*como en los eventos analizados en el fallo con radicado*

51007[1]-, pero en otros puede favorecerlo"; en la referida providencia se hace la siguiente aseveración: "*si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación".*

Respecto de la cita en mención se debe tener presente que la hipótesis fáctica registrada en la audiencia de imputación no puede ser modificada para agravar la situación jurídica del procesado si en la actuación ya se ha superado la fase de presentación del escrito de acusación. Esto significa que tales modificaciones serán posibles si se adelanta una audiencia de garantías adicional para tales efectos y se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.

En la Ley 906 de 2004 la fijación de los hechos es de exclusiva competencia de la fiscalía y, la modificación del núcleo fáctico de los dados a conocer en la audiencia de imputación solo es viable a instancia suya, eso sí agotándose el procedimiento

correspondiente antes de la presentación del escrito de acusación. En las audiencias posteriores ese núcleo es inmodificable, para agravar en los procesos ordinarios y abreviados (no así las circunstancias que favorezcan al procesado); a los hechos judicializados se tiene que circunscribir la conducta procesal de las partes, los intervinientes y las autoridades (judiciales, fiscales y ministerio público).

En cuando a la imputación fáctica, la modificación, a) para agravar no puede recaer sobre el núcleo de lo que fue objeto de imputación, b) son admisibles para aclarar los hechos en todos los casos, o para excluir supuestos de imputación, y, c) si se trata de adición, necesariamente no pueden agravar la situación jurídica del inculpado.

En cuanto a la imputación jurídica, la considerada en la primera audiencia de garantías es provisional y se convierte en definitiva en la acusación, pudiendo ésta ser alterada con posterioridad si favorece al procesado.

Los fundamentos probatorios mínimos en materia de premisas fáctica y jurídica para los preacuerdos, son exigibles para definir la estricta tipicidad del delito cometido, el delito por

el que se debe aceptar responsabilidad penal para tenerse derecho al beneficio en los preacuerdos.

Para el beneficio no se exige base mínima probatoria, porque de existir, ya no es un beneficio o liberalidad por razón del preacuerdo, es un derecho del procesado, ese supuesto reconocido bajo el ropaje de un beneficio hace parte del juicio de legalidad y estricta tipicidad a que tiene derecho el procesado y de esa manera se debe obrar en todo proceso penal, sea ordinario o abreviado, para resguardar garantías constitucionales del debido proceso y los fines de los preacuerdos.

El artículo 327 del C de P.P., establece:

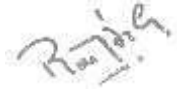
> *La aplicación del principio de oportunidad y* ***los preacuerdos*** *de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y* ***solo procederán*** *si* ***hay un mínimo de prueba*** *que* ***permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad****.*

La prueba mínima se exige de la conducta y su tipicidad, del delito cometido, no del beneficio otorgado. La voluntad del legislador en esa materia fue restrictiva, excluyó de carga

probatoria el beneficio y razón de ser tiene esa decisión en la ciencia jurídica, en la justicia premial y la política criminal, pues es una gracia, una rebaja, una liberalidad del legislador que se otorga de cumplirse los supuestos condicionantes, que en este caso solo se vincularon con la aceptación de los cargos formulados en determinadas oportunidades procesales.

La interpretación del texto legal ha de ser restrictiva en los términos señalados, para que el juez no sustituya al legislador y se respete la autonomía constitucional que en esa materia otorgó con exclusión la Carta Política al Congreso de la República, la que no tienen los jueces de la república de ningún rango ni jurisdicción.

El preacuerdo en este caso fue ilegal y contravino mandatos constitucionales (debido proceso), porque el artículo 352 del C de P.P. y las disposiciones que establecen la estructura del proceso penal acusatorio, se ocupan de regular la conducta de las partes frente a actuaciones que han superado la acusación y celebran preacuerdos, imponiendo al procesado aceptar los cargos formulados fáctica y jurídicamente, sin modificación alguna ni mediar nuevos elementos de prueba.



Era obligatorio para la legalidad del preacuerdo que se aceptaran los hechos tal y como fueron definidos en la imputación y que no fueron modificados antes de la presentación del escrito de acusación y la calificación jurídica definida en la acusación, pues el preacuerdo fue celebrado antes de instalarse el juicio oral y no se sustentó en que se hubiese presentado la hipótesis de que trata el inciso 3 del artículo 350 del C de P.P.

Por tanto la readecuación típica de la conducta que se hizo en este caso para obtener el preacuerdo se convertía en un beneficio adicional y acumulado al otorgado como tal por el acuerdo celebrado, lo que lo convertía en ilegal por vulnerar lo dispuesto por el artículo 351-2 Ibídem.

En sentencia SU479 de 2019, se dijo, como se cita en el fallo mayoritario de la Sala:

> En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá

obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso.

La Corte Constitucional a mi juicio y es lo vinculante, en la sentencia SU479, demandó base mínima probatoria y tipificación estricta por la conducta ejecutada y aceptada, pero no para el beneficio.

Exigir base probatoria para el beneficio en los preacuerdos es entrar en campos que desbordan la legalidad y las competencias constitucionales de las autoridades judiciales, a saber:

a. El legislador en el artículo 327 del C de P.P., hizo exigencias de base mínima probatoria para el delito cometido y la regulación sistemática de éste en los preacuerdos en la Ley 906 de 2004 demanda la estricta tipicidad para la adecuación de la conducta.

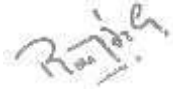
b. Los beneficios otorgables en los preacuerdos, que no se pueden equiparar ni dársele el mismo trato que a la conducta delictiva cometida en el campo probatorio, fueron expresamente regulados y se estimaron en una proporción determinada dada la fase procesal en que se realiza el negocio jurídico o en una con

equivalencia, para definir el monto en que se reduce la pena a imponer. En ningún momento la ley condicionó su fijación a un mínimo de prueba ni a hipótesis de estricta tipicidad, exigirlo vía jurisprudencia es crear exigencias que empeora las condiciones establecidas por el legislador, quien constitucionalmente en esa materia es el único que tiene competencia para hacerlo.

El criterio señalado para los beneficios que he anunciado como el viable jurídicamente, además de los supuestos constitucionales señalados, se deduce de los artículos 350, 351 y 352 del C de P.P. y de las siguientes frases: "a cambio de que", "Elimine" "agravación o "algún cargo", "Tipifique la conducta" para "disminuir la pena", expresiones que se utilizaron para identificar la gracia o reducción que podía hacerse al procesado que preacordaba y no para la conducta punible ejecutada.

Qué cantidad debe representar la reducción de sanción el beneficio otorgado por la fiscalía en el negocio jurídico, es asunto que se resuelve no con base en criterios de base fáctica o jurídica para calificar estrictamente la conducta como ya se dijo, ese control debe realizarlo la fiscalía y el juez de conocimiento con base en los fines de los preacuerdos y específicamente con el aprestigiamiento de la administración de justicia (artículo 348 del C de P.P.), pues así expresamente fue reglamentado, a cuyo

amparo se pueden estimar la naturaleza y circunstancias de la modalidad delictiva.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER