República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

AP3046-2024
Radicado 59441
Aprobado Acta Nro. 120

Bogotá, D. C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

Sala Casación Penal@ 2024

I. ASUNTO

Se decide la apelación interpuesta por el defensor de General (r) JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO, contra el auto del 13 de abril de 2021, por medio de la cual la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia le negó las solicitudes de nulidad.

II. HECHOS

Según el escrito de acusación, entre el 29 de diciembre de 2015 y el 27 de diciembre de 2017, el General JORGE

ARTURO SALGADO RESTREPO, Comandante de la 7ª División del Ejército Nacional (Medellín), intervino para que el Teniente Coronel Harold Felipe Páez Roa, Comandante del Batallón de Servicios Nro. 4 "Yariguíes", adjudicara contratos a las sociedades DISTRILOGÍSTICA e INGECODI SAS.

DISTRILOGÍSTICA se benefició con seis (6) contratos de cafetería y catering por valor de $414.990.416 suscritos entre el 22 de abril de 2016 y el 20 de septiembre de 2017. SALGADO RESTREPO recibió en contraprestación tiquetes aéreos, pagos en restaurantes, combustible para los vehículos de su familia en Bogotá, asados en la casa comando, boletos para conciertos, alquiler de fincas recreativas, pago de facturas de celular, de Directv y de suscripciones de prensa.

Sala Casación Penal@ 2024

Los contratos de obra adjudicados por orden de SALGADO RESTREPO a INGECODI S.A.S. fueron ocho (8) por valor de $1.423.847.570.

Producto de todos los contratos, el General SALGADO RESTREPO, se apropió de $170.019.129 ($151.397.60 en bienes y servicios y $18.621.469 en tiquetes aéreos para su familia y funcionarios del Ejército).

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 18 de agosto de 2020, en el Tribunal Superior de Bogotá, se le imputaron, como coautor, 14 delitos de interés indebido en la celebración de contratos y 2 peculados por apropiación con la *"atenuación punitiva por reintegro total del dinero*"[1], y las circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58.1.9.10 del Código Penal, así como las de menor punibilidad del artículo 55.1.6.7 ibidem. No aceptó cargos[2]. Se le impuso detención preventiva en el lugar de residencia.

3.2. Se presentó escrito de acusación ante la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia el 15 de diciembre de 2020, y en la audiencia de formulación el 8 de marzo de 2021, el defensor solicitó la nulidad de la actuación.

Sala Casación Penal@ 2024

Expuso que el 20 de octubre de 2020 se firmó con la Fiscalía y el apoderado de víctimas un preacuerdo. Sin embargo, el 25 de noviembre de 2020 la Fiscalía le informó que por razones de política criminal no se radicaría el preacuerdo sino un escrito de acusación, incumpliendo los compromisos adquiridos y honrados por su defendido quien, conforme a los términos del acuerdo: (i) renunció a la agregaduría militar en Chile -trasladándose a Colombia con su familia-, (ii) presentó su retiro voluntario del Ejército Nacional, y (iii) reintegró la suma de $170.019.129 como indemnización total. Además, debido a las conversaciones

[1] Registro 00:54:18
[2] Registro 01:28:51

sostenidas previamente con la Fiscalía, no se aceptó la imputación y no se opusieron a la medida de aseguramiento.

Realizó dos peticiones de nulidad, una principal y otra subsidiaria. En la primera solicitó que se invalidara lo actuado desde el 25 de noviembre de 2020, fecha en la cual la Fiscalía manifestó que no presentaría el preacuerdo. Y, en la segunda requirió la nulidad de la imputación desde la aceptación de cargos para que pueda allanarse y obtener la máxima rebaja.

La Fiscalía aceptó la situación fáctica expuesta por el defensor y reconoció que el imputado cumplió las condiciones impuestas previas al preacuerdo. Adujo que se presentó ante la Sala Especial de Primera Instancia escrito de acusación por lo que no había un acto procesal por anular. Frente a la petición subsidiaria reclamó aplicar el principio de residualidad que rige las nulidades para así preguntarle al imputado si aceptaba los cargos.

Sala Casación Penal@ 2024

El representante de víctimas señaló que el preacuerdo no tuvo el aval del Comité de Preacuerdos de la Fiscalía siendo una simple expectativa, pudiéndose subsanar preguntándole al imputado si aceptaba los cargos.

El agente del Ministerio Público consideró que no existía acto procesal para anular y que en la audiencia de acusación se le podía preguntar al imputado si se allanaba a los cargos,

rebajando la pena en el mismo porcentaje del que trata la aceptación en la audiencia de imputación.

IV. DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Especial de Primera Instancia negó la nulidad principal e indicó que el "*proyecto de preacuerdo*" fue revisado por el Fiscal General de la Nación quien por razones de política criminal ordenó declinar del mismo, acción que se justificaba por la organización funcional y jerárquica de esa entidad porque en él residía "*en forma exclusiva*" la competencia para investigar los aforados constitucionales.

Sala Casación Penal@ 2024

Para la primera instancia hubo una negociación "*cuya firma se precipitó con antelación al indispensable beneplácito que debía otorgar el Fiscal General de la Nación*". Además, desconocer las razones de política criminal del cambio de postura no afectó garantías ya que no era obligatorio presentar el preacuerdo ante la Sala de Juzgamiento.

También se argumentó que las nulidades cobijaban las "*actuaciones judiciales*" y no las "*actividades de las partes*", entonces, si los convenios no se presentan ante el juez no dejan de ser "*actos entre las partes*".

Se expuso que los diálogos entre las partes para llegar a un preacuerdo no se podían utilizar cuando éste no se perfeccionaba (artículo 8.d Ley 906 de 2004), e hizo un

"*llamado"* a la Fiscalía para que en el futuro antes de exigir compromisos en los *"proyectos de preacuerdo"*, se advierta a los imputados que el mismo tiene un control institucional jerárquico que puede ser declinado.

Negó la petición subsidiaria porque existía una solución excepcional y menos traumática, habilitando un escenario para que el procesado aceptara los cargos, estudiando "*la posibilidad de conceder la rebaja del inciso primero del artículo 351*" del CPP/2004, únicamente con el propósito de mantener indemnes sus garantías procesales.

V. IMPUGNACIÓN

Sala Casación Penal@ 2024

El defensor apeló la decisión respecto de su petición principal con los siguientes argumentos:

La Sala entendió que después de suscrito el preacuerdo el Fiscal General se enteró del caso, lo que era falso por ser un proceso de connotación, sin que se pudieran cambiar las políticas institucionales por políticas personales.

El inciso primero del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, consagra que firmado el preacuerdo "*el fiscal lo presentará*" al juez, siendo un deber, antes de suscribir un preacuerdo, verificar las condiciones de política criminal de la institución. En la audiencia de verificación del preacuerdo el juez hace un control del debido asesoramiento al procesado (verifica la

manifestación libre, consciente y voluntaria) y no se indaga si los superiores del Fiscal lo aprobaron, se supone que cumple con las formalidades del artículo 348 del CPP.

La decisión desconoció que los preacuerdos propician la reparación integral y fue errónea al indicar que el cambio de la Fiscalía era un acto de parte debido a que el artículo 27 del CPP indica que los principios moduladores se predican desde la investigación, aspecto resaltado en el auto y en el salvamento de voto.

VI. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Sala Casación Penal@ 2024

6.1. Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte.

Solicitó que se confirmara la decisión porque (i) los preacuerdos solo tienen validez cuando se presentan al juez; (ii) la dinámica del proceso hizo que se iniciaran unas negociaciones con el Vicefiscal y con el cambio de Fiscal General se advirtió con antelación que se presentaría escrito de acusación; (iii) la actuación de la Fiscalía se fincó en temas de política criminal; (iv) se podría realizar una "*audiencia innominada*" para que el procesado se allane.

Reconoció la actitud del imputado para celebrar el preacuerdo, lo que no obligaba a la presentación del preacuerdo porque el artículo 10 procesal dice que "*no se*

puede tener en cuenta esas situaciones particulares si no se firma un preacuerdo".

6.2. Representante de víctimas.

Solicitó que se revocara la decisión para materializar el preacuerdo y así garantizar los postulados de verdad (el preacuerdo contiene los hechos como sucedieron y abarca todos los partícipes), de justicia (la pena establecida es ejemplarizante) y de reparación (el imputado indemnizó al Ministerio de Defensa).

Añadió que la Fiscalía no explicó el cambio de postura en la política criminal y no honró los principios consagrados en el artículo 348 del CPP. Reclamó un análisis de los derechos del procesado y de la víctima, para establecer si el preacuerdo o el juicio ordinario garantizan más una pronta y cumplida justica y la reparación de los perjuicios. Esto para sostener que al no acogerse el preacuerdo la víctima no vería concretada su aspiración de verdad, justicia y reparación.

Sala Casación Penal@ 2024

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

Conforme a lo establecido el artículo 235.5.6 de la Constitución Política y el 177.3 de la Ley 906 de 2004, la Sala

es la llamada a resolver la presente apelación y su competencia se deriva del recurso, atendiendo el objeto de éste y los aspectos que resulten inescindiblemente vinculados, sin que sea posible interferir en temas no propuestos, salvo que se advierta la violación de garantías fundamentales o de la estructura del proceso (CSJ SP4886-2016, radicado 45223).

7.2. Problema jurídico.

La Sala debe establecer si los Fiscales Delegados pueden desistir y omitir la presentación del acta de preacuerdo ante el Juez de conocimiento, después de que ésta fue suscrita por todos los intervinientes y se le impuso al procesado el cumplimiento de obligaciones allí pactadas, entre ellas, la indemnización, constatándose que honró totalmente su compromiso.

Sala Casación Penal@ 2024

En caso negativo se debe responder si esa actuación del Fiscal Delegado vulnera de forma trascendente los derechos del imputado o la estructura del proceso.

Para responder esos interrogantes, se explicará la importancia de los preacuerdos en el Sistema Penal Acusatorio y su utilidad social en la solución de conflictos penales, al efecto se tratarán los siguientes aspectos: (i) los preacuerdos en el Sistema Penal Colombiano (finalidades y antecedentes); relación con las víctimas; su alcance jurídico; la confianza legítima en las instituciones estatales y jurídicas;

la retractación; los actos de parte y las actuaciones procesales; la autonomía y la independencia judicial de los Fiscales delegados. (ii) Posteriormente se estudiarán las nulidades en el proceso penal, para finalmente, (iii) llegar al caso concreto y decidir si se vulneró el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales que amerite invalidar el trámite (artículo 457 CPP de 2004).

7.3. Los preacuerdos en el Sistema Penal Colombiano.

7.3.1. Finalidades y antecedentes.

Sala Casación Penal@ 2024

Recuerda la Sala que la ya no tan novedosa institución de los "PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES", tiene como finalidades definidas legalmente las de: (i) humanizar la actuación y la pena, (ii) obtener pronta y cumplida justicia (iii) activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, (iv) propiciar la reparación integral y (v) lograr la participación del imputado en la definición de su caso (artículo 348 CPP de 2004).

Se pretende al preacordar concluir el proceso por la vía del consenso y no por el costoso camino del enfrentamiento en juicio. Cualquiera sea la forma de terminación, encontrar la verdad es uno de los propósitos del proceso penal, pues en Colombia, conforme a los principios de legalidad y oficiosidad, el juez para decidir requiere un mínimo de prueba que soporte la declaración voluntaria de culpabilidad.

Una de las finalidades del Acto Legislativo 03 de 2002 fue la introducción de un modelo procesal en el cual, la mayoría de los casos, terminaran anticipadamente. Llegar a la verdad evitando el juicio para garantizar resultados dentro de plazos razonables y con énfasis en los derechos de las víctimas (verdad, justicia y reparación) fue el ideal que animó la reforma.

En desarrollo de esos fines, la Ley 906 de 2004 creó varias instituciones jurídicas para alcanzar ese objetivo dentro de estrictos parámetros legales y constitucionales, que, como lo dice la ley, aprestigien la Administración de Justicia y eviten su cuestionamiento, humanice la actuación procesal y obtenga pronta y cumplida justicia.

Sala Casación Penal@ 2024

Esos mecanismos de terminación anticipada del proceso no son novedad en el ordenamiento jurídico penal colombiano pues venían desarrollándose como consecuencia de la constatación empírica de su necesidad para la eficacia del proceso penal.

Así, por ejemplo, el artículo 474 del Decreto 050 de 1987 establecía una reducción de pena si la confesión simple era el fundamento de la sentencia. El Decreto 2700 de 1991, trajo las figuras de la sentencia anticipada y la audiencia especial. La Ley 600 de 2000 sintetizó la primera en el artículo 40, al darle la oportunidad al procesado de aceptar cargos obteniendo rebajas punitivas y haciendo ágil el

proceso. Acá la Fiscalía no negociaba con la defensa (se formulaban los cargos y el procesado tenía la opción de aceptarlos todos o algunos). Era un acuerdo sin negociación.

Al consolidarse las manifestaciones de culpabilidad, se observó su utilidad en la lucha contra el crimen organizado y en la disminución de la congestión judicial, brindando a la Administración de Justicia instituciones jurídicas ágiles para consolidar los principios de celeridad y eficiencia (artículos 228 de la Constitución y 4 y 7 de la Ley 270 de 1996).

El Sistema Penal Acusatorio adoptado por la ley 906 de 2004 evolucionó hacia la adopción de mecanismos más eficaces para lograr obtener pronta y cumplida justicia. Si bien la justicia premial no es novedosa, sí es uno de los pilares sobre los que se montó el sistema. Al efecto, se crearon figuras como el principio de oportunidad (artículos 321 y ss. de la Ley 906 de 2004), los preacuerdos y las negociaciones (artículos 348 y ss. ibídem), la mediación y la conciliación (artículos 518 y ss. CPP de 2004), el proceso penal abreviado y el acusador privado (Ley 1826 de 2017).

Sala Casación Penal@ 2024

Tales figuras provienen del derecho anglosajón, allí, por ejemplo, se validaron las alegaciones preacordadas por su importancia basilar para el sistema pues sin ellas "*sería difícil enjuiciar a todas las personas acusadas de cometer delitos dentro*

de los términos requeridos por el ordenamiento procesal y por la Constitución".[3]

En Colombia, los preacuerdos parten del consenso[4]. Fiscalía y Defensa (técnica y material) dialogan, comparten criterios, resuelven disensos y negocian las consecuencias jurídicas que debe afrontar el procesado. Éste renuncia a su derecho fundamental de controvertir en un juicio su situación jurídica y por ello accede al "*premio*" de obtener una rebaja punitiva como compensación por evitarle un desgaste judicial y económico a la Administración de Justicia.

Esos definidos propósitos se advierten tanto en las exposiciones de motivos del proyecto de Acto Legislativo[5] como en el de la finalmente nominada Ley 906 de 2004[6], pues fue, se insiste, la descongestión judicial y el ánimo de economizar recursos los que justificaron la idea de cambiar beneficios por verdad, por colaboración contra el crimen organizado y la corrupción, o por evitar el desgaste de un juicio contencioso, sobre la verdad apodíctica de que ningún sistema judicial de ningún Estado es capaz de resolver en juicio el 100% de los casos.

Sala Casación Penal © 2024

[3] Chiesa Aponte, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estado Unidos. Forum 2016. Volumen III. Pag. 210. *Brandy v. United States, 397 U.S. 742 (1969); Pueblo v. Mojica Cruz, 115 D.P.R 569 (1984)75*
[4] Del latín consensus. Acuerdo producido por el consentimiento entre los miembros del grupo o entre varios grupos.
[5] Gaceta Judicial 134 de 2002. "Proyecto de Acto Legislativo Número 237 de 2002",
[6] Gaceta del Congreso "AÑO XII – Nro. 339" del miércoles 23 de julio de 2003

La Corte no ha sido ajena a esa verdad. En consecuencia, ha resaltado la importancia de promover los mecanismos de terminación anticipada pues desestimularlos podría ocasionar el colapso del sistema "…*cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales"*[7], resaltando que estos mecanismos garantizan *"los derechos de la víctima a una pronta e integral reparación".*[8]

Son tan importantes los preacuerdos que sin ellos no se logra entender el funcionamiento del sistema, como sucede en los Estados Unidos de América de donde se importó el modelo procesal.

Sala Casación Penal@ 2024

Así lo ha reconocido esta Sala al resaltar la fuerza vinculante de los preacuerdos, recordando que en un principio, en ese país, las manifestaciones de culpabilidad por parte del acusado (*plea of guilty*) se acogían por los jueces sin obligación ni contraprestación formal alguna, al igual que las manifestaciones de culpabilidad negociadas con el Fiscal (*plea bargaining*), pues el acusado no tenía plena garantía de que las rebajas o beneficios prometidos llegasen a ser reconocidos por el juez, empero:

---

7 En la aclaración de voto del magistrado Mauro Solarte Portilla a la sentencia del 23 de agosto del 2005, radicado 21.954, se recuerda que "El Chief Justice Burger en el caso Santonello Vs New York señaló que "una reducción del 90 al 80 % en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (Jueces, Secretarios Judiciales, Jurados, etc.), mientras que la reducción al 70 % exigiría triplicarlos".

[8] Sentencia del 22 de junio de 2006, radicado 24.817

"*Tal situación cambió a partir de 1971, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso Santobello vs. Nueva York, reconoció la figura de las manifestaciones de culpabilidad pactadas entre la acusación y la defensa como un componente esencial del debido proceso. En palabras de dicha corporación:*

> *"La definición de los procesos penales mediante un acuerdo entre el Fiscal y el acusado, procedimiento que a veces viene sintéticamente indicado con la expresión plea bargaining, representa un componente esencial de la administración de justicia. Correctamente administrada, la negociación debe ser alentada. Si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal [full-scale trial], los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de jueces y los medios de los tribunales."*[9]

La Corte destacó, acogiendo los parámetros del sistema estadounidense, la importancia de aceptar manifestaciones de culpabilidad (por allanamiento o por preacuerdos), para descongestionar el sistema, resolver rápidamente los procesos, evitar los efectos corrosivos de las largas detenciones preventivas, proteger a la sociedad de manera expedita e incrementar las probabilidades de resocialización.

Sala Casación Penal© 2024

El sistema anglosajón sirve como guía para entender ciertas instituciones que antes de la reforma no se aplicaban en Colombia (principio de oportunidad y preacuerdos, entre otros), sin que ello signifique que las mismas deban traslaparse automáticamente, pues la Constitución y leyes locales definen las especificidades propias que delinean el Sistema Acusatorio nacional.

[9] Sentencia del 27 de octubre de 2008, radicado 29979.

Así, por ejemplo, se impone reconocer los derechos de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación en el proceso penal, radicando en cabeza de la Fiscalía el deber de protección de esos derechos.[10]

Adicionalmente, en Colombia los Fiscales en el desempeño de su función están atados al principio de objetividad tal como se dispone expresamente en los artículos 115 y se deduce de los artículos 287 y 336 del CPP, lo que incluye, naturalmente, la sujeción a los principios de legalidad y oficiosidad, sin que pueda pasarse por alto en estas conclusiones la adscripción nacional de la Fiscalía a la Rama Judicial y la condición, por tanto, de Funcionarios Judiciales de los Fiscales Delegados.

Sala Casación Penal@ 2024

7.3.2. Las víctimas y los preacuerdos.

Las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio encuentran protección de sus derechos a nivel constitucional y legal (artículos 250.7 C.Pol. y 11, 92, 102 a 128, 132 a 137, 151, 174, 327, 333, 340, 357 CPP/2004) y su reconocimiento como "*interviniente*" les garantiza hacer valer sus derechos.

La Corte Constitucional ha reforzado la participación activa de la víctima en el proceso destacando, entre otros derechos, su garantía de comunicación "*desde el momento en*

[10] Artículos 1, 2, 29, 93, 229 y 250.6.7 de la Constitución Política.

que éstos entran en contacto con las autoridades"[11] como parte de sus derechos a conocer la verdad, a obtener justicia y a procurar una indemnización de su victimario tal como ya se había señalado con vista incluso en la Ley 600 de 2000 en la sentencia C-228 de 2002.

En este orden de ideas, los preacuerdos son una herramienta necesaria y muy útil para garantizarle sus derechos pues uno de sus fines declarados es "*propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto*" (artículo 348 del CPP de 2004)

Así entonces, el consenso en la solución de conflictos no solo interesa a las partes del conflicto propiamente dicho (Fiscalía y Acusado), sino a los intervinientes.

Sala Casación Penal@ 2024

Al Ministerio Público como garante del orden jurídico y de las garantías de las víctimas, ya que puede participar en diligencias o actuaciones en las que "*exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no afecte los derechos de los perjudicados…*" (artículos 109 y 111.2.d CPP/2004).

También es importante para la víctima, cuya participación se requiere en los preacuerdos, pues, aunque no tiene la capacidad de vetar los mismos, si la tiene para

[11] CC C-454 de 2006. Posteriormente se declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 284.2, 289, 333, 344, 356, 358, 359, 306, 316, 342 y 339, con el fin de garantizarle sus derechos

que sus intereses sean tomados en cuenta, bajo el entendido de que "*podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo*"[12] pues "(…) *no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia".*

Se concluye así, que las víctimas deben ser escuchadas para: (i) conocer la verdad (implica vigilar que los hechos jurídicamente relevantes queden plasmados en el preacuerdo en concordancia con la imputación o la acusación); (ii) buscar justicia (la sanción penal que se imponga al infractor debe ser proporcional al daño causado, es decir, no debe ser irrisoria); (iii) obtener la reparación del daño causado con el delito en su integridad; y (iv) obtener la garantía de no repetición de los actos que le causaron perjuicios materiales o morales.

Sala Casación Penal@ 2024

En consonancia con esas premisas, esta Corte ha sido enfática en señalar que los preacuerdos constituyen una valiosa herramienta para reparar a las víctimas y ha establecido que *"…cuando el sujeto activo de la conducta obtiene un incremento patrimonial producto del delito, no se puede celebrar el acuerdo o allanarse hasta tanto no se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se*

[12] CC C-516 de 2007

asegure el pago del remanente.[13] ***El pago, en esas circunstancias, además de reparar el daño, evita el juicio y es un presupuesto esencial para obtener beneficios punitivos*** *(artículo 349 Ley 906 de 2004).”*[14] (subrayado fuera del texto).

7.3.3. Alcance de los preacuerdos.

Los preacuerdos son la manifestación de culpabilidad que libremente hace el imputado para terminar anticipadamente el proceso y (i) obtener a cambio un beneficio —rebaja punitiva—, o (ii) para que la Fiscalía suspenda, interrumpa o renuncie a la acción penal en aplicación del principio de oportunidad.

En este último caso el juez de control de garantías realiza un control de legalidad exigiendo al Fiscal que justifique las causales de política criminal que persigue con su aplicación (arts. 250 C. Política y 321, 323 inciso 2, 327 y 330 del CPP).

Sala Casación Penal @ 2024

Esa es una diferencia con los preacuerdos donde el Fiscal no debe justificar esas razones de política criminal pues el juez de conocimiento se limita a verificar que: (i) la manifestación de culpabilidad sea libre, consciente y voluntaria, (ii) se respeten las garantías y derechos fundamentales, (iii) se acate el núcleo fáctico de la imputación, (iv) no se otorgue doble beneficio, (v) el delito sea negociable, y (vi) se reintegre el incremento patrimonial (artículos 348 ss. CPP).

---

[13] *SP del 27 de septiembre de 2017, Radicado 39831.*
[14] CSJ AP2671-2020 (radicado 53293)

Ahora, en los preacuerdos se pueden quitar agravantes o cambiar el grado de participación y tasar la pena pues la ley otorga a la Fiscalía cierto margen de negociación con el fin de cumplir su función de persecución del delito, siempre que se ajuste a unas reglas verificables por el juez de conocimiento[15] que tiene el deber de revisar las actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la suscripción por las partes

En los allanamientos de cargos, que son acuerdos sin negociación, las rebajas punitivas están previamente establecidas con variaciones según el estadio procesal en el que se logre el consenso. La regla inicial es simple: a mayor tardanza procesal menor rebaja.[16]

Sala Casación Penal@ 2024

7.3.4. Los preacuerdos y la confianza legítima en las instituciones.

El sistema de preacuerdos y negociaciones está rodeado de garantías en favor del procesado para resguardarlo de las amplias facultades discrecionales que la ley le otorgó a la Fiscalía. Esas garantías permiten que quien renuncia a un juicio lo haga bajo el principio de buena fe, con la confianza de que el Estado cumplirá sus compromisos. Lo contrario afectaría la seguridad jurídica y la vigencia de la institución.

---

[15] CSJ SP2073-2020, radicado 52.227
[16] En la imputación se puede rebajar hasta la mitad de la pena, en la audiencia preparatoria la tercera parte y en la alegación inicial en el juicio oral una sexta parte (artículos 351, 356.5 y 367 CPP/2000).

Esa que es la confianza legítima en las instituciones está soportada en principios de rango constitucional como el artículo 83 de la Constitución que consagra el principio de la buena fe con el que deben actuar tanto los particulares como el Estado. Cuando los funcionarios públicos en sus actuaciones no se ciñen a esos postulados lo que terminan defraudando es la confianza legítima que los asociados depositan en las instituciones.

Es por ello que puede sostenerse sin ambages que:

> "El principio [de confianza legítima] está en indisociable conexión con la seguridad jurídica, la legalidad y la buena fe, sin confundirse con éstas.
>
> "Implica que las autoridades no adopten medidas que aunque lícitas contraríen las expectativas legítimas creadas con sus actuaciones precedentes en función de las cuales adoptan sus decisiones, protegiendo la convicción proba, honesta y leal de su estabilidad y coherencia.
>
> "En cuanto a sus requisitos, presupone: a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto (S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français,* Dalloz, Paris, 2001, pág. 496).
>
> "La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad generadas con las actuaciones previas ante la fundada creencia de su proyección en condiciones relativas de permanencia, coherencia y plenitud, partiendo de la premisa según la cual todo ciudadano tiene derecho a prever, disciplinar u ordenar su conducta con sujeción a las directrices normativas entonces vigentes, a su aplicación e interpretación por las autoridades, confiando razonablemente en que procederán de manera idéntica o similar en el futuro.

Sala Casación Penal © 2024

"Se protege, la convicción íntima del ciudadano en la estabilidad normativa y las actuaciones del Estado, sin llegar al extremo de la petrificación del ordenamiento jurídico, ni a su preservación indefinida por cuanto el derecho se construye diariamente, vive en su interpretación y aplicación por los jueces como garantes primarios de los derechos, libertades y garantías ciudadanas (F. Castillo Blanco, *La protección de confianza en el derecho administrativo,* Marcial Pons, Madrid, 1998, p.108; Eduardo García De Enterría, "*El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador"*, en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 33 y ss).

"En este contexto, el principio no solo es deseable, sino que se presenta como una exigencia social ineludible para garantizar la buena fe y las legítimas expectativas por situaciones derivadas del comportamiento anterior. El principio de la buena fe exige de las autoridades (administrativas y judiciales) el actuar con honestidad, lealtad, rectitud y decoro. La confianza en el Estado y la credibilidad en las instituciones son la base del sistema donde el ciudadano actúa en un medio previsible que le genere estabilidad. Por ello la buena fe "*incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos*". En consecuencia, el particular "*debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas".*[17]

©Sala Casación Penal© 2024

7.3.5. La retractación en la suscripción de los preacuerdos.

Retractarse o desistir de una postura es aceptable en la vida cotidiana de los ciudadanos. Sin embargo, en los actos oficiales y de postulación dentro del Sistema Penal Acusatorio, rigen reglas específicas de obligatorio acatamiento y de interpretación estricta que vedan cualquier

[17] Corte Constitucional Sentencia C-131 de 2004, citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia Revisión del 25 de junio de 2009. Magistrado Ponente: William Namén Vargas. Ref: 11001-02-03-000-2005-00251-01

tratamiento informal o alejado de los principios de absoluta lealtad y de buena fe.

La posibilidad de retractarse en el proceso penal de una manifestación de culpabilidad (en allanamiento o por negociación), está consagrada en la ley, y aunque existen vacíos legales, debe acudirse, en casos complejos, a los principios que inspiran el Sistema Penal Acusatorio.

Una mirada al origen de la discusión es más que necesario para establecer los avances legislativos y jurisprudenciales al respecto. Veamos:

El original artículo 293 del CPP de 2004 establecía:

Penal@ 2024

> *"Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.*
>
> *Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo* ***sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes****, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia."* (Subrayado agregado al texto).

Una interpretación exegética del artículo permitía a las partes retractarse de la aceptación de cargos o del preacuerdo, antes de que el juez de conocimiento lo aceptara. La consecuencia evidente de esa hermenéutica fue un incremento de casos donde, en ese interregno, los procesados se retractaban de la aceptación de cargos realizada en la imputación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia limitó entonces esa posibilidad. Estableció, en un caso donde se aceptaron los cargos en la formulación de imputación, que cuando el juez de control de garantías aceptara el allanamiento por encontrar que "*es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 294 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.*"[18]

Sala Casación Penal@ 2024

Posteriormente se declaró exequible el aparte que refería "*sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes"* e indicó que una vez revisada por el juez la manifestación de culpabilidad no era razonable permitir que el imputado se retractara *"sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante"*[19].

En la misma sentencia (C-1195/2005) se estableció que no era posible la retractación ni para el imputado ni para la Fiscalía, pues la norma refería que, en virtud del principio de igualdad, no era posible la retractación de "*alguno de los*

[18] Sentencia del 20/10/2005, radicado 24026
[19] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 del 22/11/2005

intervinientes", y se resaltó el compromiso, que también resulta inherente a la Fiscalía, de comprometerse con la Administración de Justicia para honrar los pactos celebrados y actuar bajo el principio de lealtad procesal "*por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes*".

Con posterioridad y en varias providencias, esta Corte afirmó que cuando el imputado se sometía a la terminación anticipada operaba el principio de "*no retractación*", que implicaba "*la imposibilidad procesal de continuar la discusión sobre la responsabilidad penal admitida, salvo que pueda demostrarse que en el desarrollo del acto se incurrió en vicios de consentimiento o en vulneración de garantías fundamentales*"[20] conforme a los artículos 293 y 351 (inc. 4) del CPP/2004.[21]

Sala Casa

La ley 1493 de 2011, adoptó como legislación el derrotero trazado por la Corte Suprema de Justicia[22] mediante la modificación del artículo 293 del CPP/2004 en los siguientes términos:

> *"Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.* ***La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de***

[20] CSJ Providencia 23/08/2006 radicado 25864. En igual sentido las providencias del 14/09/2009 radicado 30897; 23/11/2006 radicado 26379; 22/10/2008 radicado 29983; 27-05-2008 tutela 36832
[21] El inciso 4º del artículo 351 del C.P.P. de 2004 establece: "*Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales".*
[22] Radicado 25864

> ***conocimiento***. *Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.*
>
> ***Parágrafo. La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales****."* (Subrayado fuera del texto original denotando los cambios introducidos por la reforma)

El legislador agregó en el primer inciso de la norma la imposición para que el Fiscal remita el acuerdo al Juez de conocimiento. También aceptó en el parágrafo que la retractación podía ser "*en cualquier momento*" y exclusivamente "*por parte de los imputados*", con la condición de demostrar que frente a ellos se presentó un vicio del consentimiento o que se les vulneraron sus garantías fundamentales.

Sala Casación Penal@ 2024

En consecuencia, la misma ley excluye la posibilidad de que el Fiscal se retracte, pues por sustracción de materia no lo puede hacer de la imputación, pero tampoco del preacuerdo.

La modificación recaba en la obligación de que los funcionarios judiciales corroboren que la manifestación de la voluntad por parte de los imputados esté libre de vicios en su consentimiento por error, fuerza o dolo.[23]

[23] En relación con las "Manifestaciones de la voluntad", el artículo 1508 del C.C.C. establece "Vicios del consentimiento. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo".

Para la Sala no es admisible suponer que el artículo 293 solo hace referencia a la retractación de la aceptación de cargos en la audiencia de imputación (interpretación gramatical), pues debe advertirse que la norma también establece el trámite a seguir cuando el imputado "*por iniciativa propia* ***o por acuerdo*** *con la Fiscalía acepta la imputación",* situación que obliga al Fiscal a enviar al juez el escrito que contenga la imputación o "***el acuerdo***".

La Corte Constitucional ha sostenido que la norma no permite que la Fiscalía se retracte del preacuerdo antes de que el juez de conocimiento lo apruebe, fue enfática en señalar que "*la expresión impugnada* ***prohíbe la retractación "de alguno de los intervinientes"****, o sea, también la de esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes."*[24]

Sala Casación Penal@ 2024

Por su parte, esta Corporación ha reafirmado ese criterio refiriendo que tal retractación resultaría contraria *"al principio de seguridad jurídica y a los deberes de lealtad y buena fe que se exige a los intervinientes en el trámite"*[25]*,* y después se dejó claro que aceptada la imputación o realizado el preacuerdo, no se permite la retractación "*pura y simple*" de los imputados.[26]

---

[24] CC C-1195 de 2005
[25] SP 5/10/2006 (radicado 25248)
[26] Sentencias del 13 de febrero de 2013 en los radicados 39.707 y 40.053; providencias AP6408-2017 en radicado 48.668; AP2219-2020 en radicado 57986; AP742-2021 en radicado 58461; AP1406-2021 radicado 52347.

Del recuento histórico normativo y jurisprudencial se entienden definidas las siguientes reglas en cuanto a la retractación de la aceptación de cargos:

1.- No es posible la retractación pura y simple de la aceptación de los cargos realizada en la imputación.

2.- La retractación es condicionada a la demostración de vicios del consentimiento o la violación de garantías fundamentales.

3.- En la aceptación de cargos realizada en la imputación, es el juez de control de garantías quien verifica que el consentimiento se haya dado de manera libre, consciente, voluntaria, asesorada y sin vulneración de garantías. El juez de conocimiento no debe verificar nuevamente lo que ya hizo el juez de garantías, debiendo, una vez recibe el caso, correr el traslado del artículo 447 del CPP y proferir la sentencia.

Sala Casación Penal@ 2024

4.- El juez de conocimiento debe verificar que la aceptación sea libre, consciente, voluntaria, asesorada y sin vulneración de garantías cuando sea posterior a la imputación o se produzca por preacuerdo con la Fiscalía.

5.- Después de verificado por el juez de conocimiento el preacuerdo, no se admite la retractación ni del imputado ni del delegado de la Fiscalía.

6.- Ahora, bajo el principio de exclusión que se desprende del artículo 293 del CPP, es inaceptable que el Fiscal se retracte del preacuerdo una vez se ha suscrito por todas las partes e intervinientes. Esto por cuanto no existe norma en el ordenamiento que permita la retractación del Fiscal, como si se consagró para el imputado, sin poder siquiera pensar que, como funcionario público, pueda alegar un vicio en el consentimiento, salvo la insuperable coacción (eventualidad que deberá demostrar).

Si el preacuerdo soslaya el núcleo fáctico de la imputación será, *a posteriori*, el juez de conocimiento quien deberá improbarlo. Sin embargo, en esta providencia se estudiará el fenómeno *ex ante* a la presentación del preacuerdo ante el juez de conocimiento.

Sala Casación Penal@ 2024

Esta última regla se entiende bajo el supuesto legal de que el Fiscal no está obligado suscribir preacuerdos, ya que tampoco existe norma alguna que lo obligue; por el contrario, el artículo 348 del CPP/2004 indica que Fiscalía y defensa "*podrán*"[27] llegar a preacuerdos. Empero, este argumento no alcanza para sostener la tesis según la cual el Fiscal puede retractarse una vez suscrito con partes e intervinientes un preacuerdo, que además cumple el imputado. Una cosa es reconocer que tiene la potestad de negarse a suscribir un preacuerdo, y otra bien distinta es aceptar que en virtud de esa potestad pueda desistir del preacuerdo ya suscrito.

[27] La palabra que utiliza la norma implica una facultad de las partes.

Aceptar la retractación del preacuerdo por parte del Fiscal significa vaciar de contenido el cuerpo primero del artículo 293 del CPP que establece:

> *"Si el imputado, por iniciativa propia* ***o por acuerdo*** *con la Fiscalía* ***acepta la imputación****, se entenderá que lo actuado es suficiente* ***como acusación****. La Fiscalía* ***adjuntará*** *el escrito que contiene la imputación* ***o acuerdo*** *que será enviado al Juez de conocimiento".* (subrayado fuera del texto).

Obsérvese que la norma establece un mandato de hacer para el Fiscal de enviar el preacuerdo al Juez de conocimiento. La naturaleza intrínseca del acta que contiene el preacuerdo, no puede ser la de un simple documento sin valor y trascendencia jurídica o un mero "*acto de parte*" (como se estudiará en el acápite 7.3.6.).

Sala Casación Penal@ 2024

Cuando el imputado acepta la imputación por "*acuerdo*" con la Fiscalía, lo que efectivamente realiza es un preacuerdo, donde reconoce ante el Fiscal (funcionario de la Rama Judicial), el Ministerio Público y la víctima[28], que realizó la conducta imputada. Esa manifestación de culpabilidad según el artículo 293 del CPP, es una actuación que se equipara, nada más y nada menos, que a la "*acusación*".

[28] Esto en el caso donde estos intervinientes especiales comparezcan a la socialización del preacuerdo, previamente citadas por la Fiscalía y escuchadas sus posturas. Se aclara, sin que ninguno de los dos tenga poder de veto. Tienen la facultad de asistir para oponerse (sin veto) o para suscribir el acta de preacuerdo por encontrarla acorde a derecho.

En consecuencia, el Fiscal no tiene la facultad de retractarse del mismo, ni antes de presentarla al juez de conocimiento y menos después de su verificación. Ante el incumplimiento de ese mandato se afecta la estructura del proceso (aspecto que se estudiará en punto de las nulidades).

El principio de legalidad contenido en el artículo 6 de la Constitución confirma esta interpretación al establecer que los "*particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*". Esta cláusula de responsabilidad impone a los últimos acatar estrictamente el ordenamiento jurídico con un mayor compromiso que los particulares, y garantiza el adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Por eso no solo responden por actuar sino por omitir el ejercicio de sus funciones.[29] Las cargas de lealtad procesal del Fiscal son mayores y no puede utilizar las instituciones jurídicas a su antojo y con engaño para los destinatarios de la ley penal.

Sala Casación Penal@ 2024

Es cierto que presentado el escrito de acusación el Fiscal se convierte en parte, pero antes de esa mutación es el titular de la acción penal, con plenas facultades que lo sitúan

[29] Recuérdese que en virtud del artículo 122 de la Constitución Política de 1991, cada servidor público tiene previamente establecidas sus funciones tanto en las leyes como en el reglamento, y por eso es obligación, desde su posesión, realizar un juramento que implique "defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben". Deberes estos también consagrados en las leyes, para el caso de los Fiscales el cumplimiento estricto de los mandatos que le señalan, entre muchas otras disposiciones, los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, Y todas las disposiciones de la ley 906 de 2004, incluidos los artículos 12 y 293.

en condiciones de superioridad al indiciado o imputado, tanto que después de la imputación puede seguir investigando, por eso sus actuaciones son regladas.

La Sala reconsidera así la postura según la cual el acta de preacuerdo es un simple documento carente de efectos jurídicos realizado por las partes "*fuera del proceso formalizado*"[30] que puede ser desconocido por el fiscal. Esta nueva interpretación fortalece el cuerpo primero del artículo 293 del CPP de 2004 y consolida la orden impartida al fiscal en el artículo 350.1 ibidem, que establece:

> *"Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación.* ***Obtenido este preacuerdo****, el fiscal* ***lo presentará*** *ante el juez de conocimiento* ***como escrito de acusación****".*(subrayado fuera del texto).

©Sala Casación Penal 2024

Obsérvese que el mandato del artículo 293 no es una norma aislada en el CPP de 2004, sino que concuerda con el 350 y se corrobora que el sistema está montado sobre principios de lealtad procesal y de confianza legítima, a los que no escapan los preacuerdos como actuaciones procesales complejas,[31] con fases previas, concomitantes y posteriores a la verificación ante el juez.

[30] Providencia del 13 de febrero de 2013, radicado 40.053
[31] Como muchos del ordenamiento penal, verbi gratia, la acusación que tiene como primera fase la presentación del escrito y como segunda la formulación.

Este cambio de postura,[32] obliga a recuperar los argumentos expuestos desde los albores del Sistema Penal Acusatorio:

> *"…los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado* ***deben regirse por los principios de lealtad y buena fe****, por lo que todo aquello que constituya su objeto -desde que no violente garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley-, ha de ser incorporado de manera integral al acta pertinente, lo más completa, clara y precisa posibles,* ***a efecto de no generar falsas expectativas****, pues dichos acuerdos, como lo pregona un sector de la doctrina,* ***mal pueden servir de instrumento para sorprender o engañar*** *al imputado o acusado, y menos para colocarlo en* ***situación de inferioridad****."*[33]

Esta decisión prohíbe al Fiscal abusar de su situación privilegiada, desechando la idea de que antes de la verificación del "*acuerdo*" lo único que existen son "*meras expectativas*". Tal entendimiento exclusivamente es válido frente a las "*conversaciones*" previas a la suscripción del preacuerdo, las cuales no generan efectos jurídicos por expresa disposición legal (artículos 8.d) y 369 inciso final del CPP de 2004.

Sala Casación Penal@ 2024

Un mejor entendimiento de la institución impone considerar que una vez firmado el preacuerdo se genera, no una mera expectativa, sino una obligación para la Fiscalía (presentar el acta como escrito de acusación) y una probabilidad razonable de rebaja de penas para el imputado, por ejemplo, si reintegra *"por lo menos, el cincuenta por ciento*

[32] En relación con l providencia del 13 de febrero de 2013, radicado 40.053
[33] CSJ 01/06/2006, radicado 24764

del valor equivalente al incremento percibido"[34]. Este deber no es posterior a la verificación del juez de conocimiento, es propio de la fase previa porque el Fiscal no puede suscribir el acta de preacuerdo sin que el imputado haya cumplido y garantizado la devolución del restante.

Concatenado con esa obligación de las partes se encuentra la víctima, en quien no se crea una "*mera expectativa*" de restablecimiento de su derecho a la reparación. Se estructuró una realidad concreta debido a que con la simple suscripción del preacuerdo se le entregó al menos el 50% de su afectación y, en este caso específico, se le resarció totalmente el derecho por el reintegro total del incremento.

Sala Casación Penal@ 2024

Aceptar la retractación del Fiscal afecta los derechos de las víctimas pues retornan de la consolidación a la mera expectativa e incertidumbre, debido a que el imputado retoma su presunción de inocencia discutible en juicio oral y público y se le debe devolver el dinero que entregó para la reparación.

La decisión del 1° de junio de 2006 (Rad. 24764), es acertada al prohibir poner al imputado o acusado "*en situación de inferioridad"*; situación que se verifica cuando éste reintegró el dinero a la víctima y el Fiscal se retracta, pues el último no tiene la posibilidad de reintegrarlos al

[34] Artículo 349 del C.P.P.

patrimonio del imputado, debido a que los mismos entraron en la esfera patrimonial de la víctima.

La Corte recalca que, en estos precisos eventos, se crean efectos jurídicos y patrimoniales que impiden la retractación del Fiscal.

No se desconoce que en pasadas oportunidades se expuso que el Fiscal podía retirar el preacuerdo. Sin embargo, ante los cambios legislativos y las situaciones de cada caso en particular se impone revisar cada uno para comprender que diversas situaciones de hecho generan distintas consecuencias de derecho.

Sala Casación Penal@ 2024

Recordemos: en sentencia del 13 de febrero de 2013 (radicado 40053), que difiere del presente asunto, el imputado aceptó cargos en la imputación y se retractó antes de la audiencia de verificación de allanamiento. En esa oportunidad la Corte expuso:

> *"…sobra recalcar, este tipo de actos de parte se realizan siempre por fuera del proceso formalizado, sin intervención del juez, y deben ser presentados siempre al funcionario de conocimiento quien, por obvias razones, ha de verificar lo que hasta entonces ningún funcionario judicial ha examinado, luego de lo cual debe individualizar la pena y emitir el consecuente fallo condenatorio.*
>
> *En este orden de ideas, es apenas natural que la norma permita la retractación que obedezca al simple querer del imputado o acusado, en tanto, lo que hasta ese momento se ha realizado apenas refleja las negociaciones efectuadas por fuera del proceso y nada de lo consignado en el acta de preacuerdo ha sido sometido a control judicial.*

Retractarse, por ello, de un simple acto de parte hasta el momento no judicializado, tiene plena justificación constitucional y legal.”.

Esa decisión trató los preacuerdos de manera aislada, y esos argumentos no fueron la *ratio decidendi* del fallo, fueron comentarios de pasada (*obiter dicta*). No puede tenerse como un precedente porque, entre otras, no existió víctima indemnizada (era un delito contra la Seguridad Pública) y se trató de un caso de retractación del procesado de la aceptación de cargos.

Sin embargo, y no obstante que esa providencia expuso que los preacuerdos son actos de parte realizados fuera del “*proceso formalizado*”, se dejó muy en claro que en éstos es el imputado quien puede retractarse sin darle esa posibilidad al Fiscal a quien, además, lo obliga a poner a consideración del juez el preacuerdo al aseverar que “*deben”* presentarse siempre al funcionario de conocimiento. Conclusión esta última que concuerda con lo hasta aquí tratado.

Sala Casación Penal© 2024

Desde la sentencia del 13 de febrero de 2013 (radicado 39707), se dejó claro que: (i) el allanamiento a cargos así sea el pactado adquiere “*el carácter de acusación*”; y, (ii) el principio de irretractabilidad “*opera en las decisiones voluntarias, libres y espontáneas donde se admite en forma anticipada la responsabilidad*”.

La postura fijada por la Corte Suprema de Justicia se armonizó con la sentencia C-1195 de 2005 proferida por la

Corte Constitucional, en el sentido de que para darle credibilidad y seguridad al sistema, y consolidar la lealtad y la buena fe en las actuaciones de las partes se "*prohíbe la retractación "**de alguno de los intervinientes**", o sea, **también la de esta última entidad** [Fiscalía], precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes".* (Subrayado fuera del texto)

Debe agregar ahora esta Sala que, firmado el preacuerdo la retractación no es posible ni en el imputado ni el Fiscal, pues de aceptársela al último se quebrantaría el principio de igualdad, debido a que al primero se le prohíbe la retractación simple y pura, mientras que a la Fiscalía si se le acepta una retractación en estas condiciones.

Sala Casación Penal@ 2024

El que la Corte manifieste, para este caso concreto, que el Fiscal no puede retractarse de manera pura y simple de un preacuerdo que generó efectos jurídicos y patrimoniales (por indemnización), no significa que se establezca como regla la imposibilidad del Fiscal de retirar el escrito de acusación al que está obligado en virtud del artículo 336 del CPP de 2004, esto es el que se presenta de manera autónoma y sin preacuerdo, pues esa acusación sigue teniendo las características de un acto de parte y el Fiscal es quien maneja la acción penal por lo que la presentación del escrito de acusación refleja su intención de poner en conocimiento del juez las pretensiones estatales.

Esa situación es muy diferente de aquella donde se acude al juez de conocimiento para poner de presente preacuerdo que conlleva una acusación que nace de manera consensuada.

El retiro del escrito de acusación no exige un pronunciamiento del juez de conocimiento, pues como lo ha reiterado la Corte, el Fiscal es el "*dueño de la acusación*", y si decide retirarla "*corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada*".[35]

Se hace la salvedad de que el escrito de acusación presentado al juez de conocimiento en virtud a los mandatos de los artículos 293 y 350 ibidem, no refleja su exclusiva pretensión, sino que también manifiesta la intención del procesado de aceptar su responsabilidad cumpliendo con uno de los fines de los preacuerdos (lograr la participación del imputado en la definición de su caso (artículo 348 ibidem)

Sala Casación Penal@ 2024

En los Estados Unidos, y como un antecedente importante, en los casos donde la Fiscalía incumple lo pactado se ha resuelto por la Corte Suprema Federal la nulidad del caso. Así lo dijo en el caso *Santobello contra Nueva York*,[36] donde declaró la nulidad de la actuación por

[35] Cf. CSJ providencia del 21 de marzo de 2012 en radicado 38256, reiterada en AP3832-2018 radicado 53560.
[36] Referido en el Punto 7.4.1. al remembrar la sentencia del 27 de octubre de 2008, radicado 29979

considerar que la actuación del organismo persecutor vulneró los "*derechos constitucionales*" del procesado y ordenó devolver la actuación a las cortes estatales para corregir los yerros. Dos importantes aportes se extraen de dicho caso: Uno, no le importó a la Corte Federal que hubiera cambio del Fiscal; y dos, se hizo respetar lo pactado por el primer Fiscal, pues la manifestación de culpabilidad que realizó el procesado se fundamentó precisamente en lo prometido:

> *"When a plea rests in any significant degree on a promise or agreement of the prosecutor, so that it can be said to be part of the inducement or consideration, such promise must be fulfilled". (Cuando una alegación [de culpabilidad] se apoye en grado significativo en una promesa o acuerdo del Fiscal, de modo que pueda decirse que forma parte del incentivo o la contraprestación, dicha promesa deberá cumplirse).*

Sala Casación Penal@ 2024

7.3.6. Los actos de parte y las actuaciones procesales

Resulta imperioso establecer la diferencia entre "*actos de parte*" y "*actuaciones judiciales*", para entender por qué la suscripción de un preacuerdo no se ajusta a las características del primero. Los primeros, son actos de postulación de cada uno de los sujetos procesales de manera independiente de la otra con el fin de que sean escuchadas sus pretensiones.[37] Las segundas son actuaciones que realizan los funcionarios judiciales en ejercicio de sus

[37] V.Gr., las solicitudes que elevan el Fiscal, el defensor, el procesado, el agente del Ministerio Público y el apoderado de víctimas.

funciones y que tienen la capacidad de generar efectos jurídicos pues deciden cuestiones propias del proceso.

La doctrina extranjera define los "*actos de parte"* desde el punto de vista de los sujetos, para exponer, con base en una cláusula de exclusión, que es todo aquello que no sea emanado del "*órgano jurisdiccional*", si tiene su génesis en éste es un "*acto procesal*":

> *"Los actos de postulación son, en primer lugar, actos de las partes y no del órgano jurisdiccional con lo que claramente se diferencian de las providencias, autos o sentencias, únicamente reclamables de quienes ejercen la potestad jurisdiccional.*
>
> *Pertenecen, pues, a la exclusiva titularidad de las partes procesales, razón por la cual, atendiendo a un criterio subjetivo, existen tantos actos de postulación como partes puedan intervenir en el proceso penal […]*
>
> *Pero, si se tiene en cuenta que las solicitudes de actos instructorios o de adopción de medidas cautelares son meras peticiones que carecen, por sí mismas, de entidad propia, hemos de llegar a la conclusión de que, en sentido estricto, por actos de postulación tan sólo cabe entender aquellos actos de las partes en los que se solicita del órgano jurisdiccional la iniciación del proceso y la obtención del derecho a la tutela […]. En particular, integran tales actos los de ejercicio de la acción penal, los de interposición de la pretensión, tanto en la primera (así, los escritos de acusación), como en las sucesivas instancias (los actos de impugnación), y los de disposición de la pretensión (la conformidad y el perdón del ofendido)."*[38]

Sala Casación Penal@ 2024

Se destaca de la cita que los "*actos de parte*" son solicitudes que pertenecen a la exclusiva titularidad de quien las realiza, no participa el "*órgano de jurisdicción*", que para nuestro caso serían los jueces o magistrados, quienes no solicitan nada al interior del proceso, sino que se manifiestan

[38] Gimeno Sendra, Vicente. Derecho Procesal Penal. Editorial COLEX. 1996. Pag. 277 ss.

a lo largo del proceso con órdenes (verbales), autos (de trámite o interlocutorios) y sentencias (siempre escritas). Sin embargo, una característica de nuestro sistema acusatorio radica en que la Fiscalía pertenece a la Rama Judicial (Tit. VIII Cap. 6).

De tiempo atrás la Corte ha manifestado que existen actos de parte que no pueden ser cobijados con la nulidad, pues son simples postulaciones de los sujetos procesales. Un ejemplo de ello es la formulación de imputación, la cual no puede invalidarse por los simples desacuerdos con la postura del Fiscal. No obstante, y excepcionalmente, puede declararse la nulidad ante flagrantes y ostensibles "*indeterminaciones*" en la comunicación de los hechos jurídicamente relevantes.[39] O por infracción al principio de objetividad.

Sala Casación Penal@ 2024

En la providencia AP1128-2022 (radicado 61004), la Corte expuso:

> *"La petición de nulidad formulada, en esos términos, se advierte manifiestamente inconducente, pues es claro que se dirige contra un acto procesal de parte como es la imputación, pero aquella medida extrema – la nulidad del trámite – solo procede contra las actuaciones de los funcionarios judiciales, como advirtió la Sala en CSJ AP5563 – 2016 al señalar lo siguiente:*
>
> > *En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad, el rechazo o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de*

[39] CSJ SP16913-2016 en radicado 48.200

> *lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación".*

En esa decisión se expuso que en el Sistema Penal Acusatorio al Fiscal "*se le despojó de la **mayoría** de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales*", lo que significa que aún conserva "*algunas*" que aunque mínimas no pierden su trascendencia en el proceso. Se pueden mencionar dentro de esas funciones las siguientes: interceptar comunicaciones, realizar allanamientos y, ahora, suscribir preacuerdos verificando, ex ante, que la manifestación del procesado sea consciente, voluntaria y debidamente informada. Claro está, las primeras con control posterior del juez de garantías y ésta última con control posterior y aprobación del juez de conocimiento.

Sala Casación Penal@ 2024

Esas verificaciones *ex ante* que debe realizar el Fiscal no se limitan a la suscripción de un preacuerdo. También cuando una persona es capturada en situación de flagrancia, el Fiscal debe hacer un juicio meramente objetivo antes de presentar el capturado al juez de garantías para verificar que no se le hayan quebrantado sus derechos fundamentales, pues de ser ilegal la captura, tiene la facultad de dejar libre al capturado y de no presentarlo ante el juez de control de garantías, con el compromiso por parte del liberado de comparecer cuando sea requerido. Igual juicio objetivo debe hacer cuando de la

información suministrada aparezca que el supuesto delito no comporta detención preventiva (artículo 302 inc. 4 CPP).[40]

La posición del Fiscal en el nuevo sistema no es la de una simple parte, aún esta investido de facultades para administrar justicia y siempre está llamado, como funcionario judicial, a garantizar los derechos fundamentales del procesado.

Esta Corporación ha reconocido que son actos de parte de la Fiscalía, entre muchos otros: la formulación de imputación (AP3555-2018 radicado 53222 y SP3988-2020 radicado 56505); la presentación del escrito de acusación y su formulación (AP381-2018 radicado 51432, SP9853-2014 radicado 40871); el retiro del escrito de acusación (AP3832-2018 radicado 53560); la presentación de la demanda de casación (auto del 16 de enero de 2012, radicado 32327) y, se puede agregar, la solicitud de las audiencias preliminares.

Sala Casación Penal@ 2024

Todos los anteriores actos de postulación tienen una característica en común: son actos realizados por tan solo una de las partes. Para su validez no requieren de la aprobación del otro sujeto procesal.

---

[40] Debe destacarse que el parágrafo del artículo 161 del CPP/2004 establece que "*Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables".* Esta norma permite sostener que los Fiscales delegados profieren decisiones ("*ordenes*") de carácter judicial, por ser funcionario de la Rama Judicial.

Si la actuación de un sujeto procesal es un acto de parte, frente a la misma no cabrían controles judiciales ordinarios, por cuanto solo pertenecen a la esfera de la parte que realizó tal postulación, pero como también ya se dijo, de manera excepcional, se puede invalidar el acto si del mismo se desprende una vulneración sustancial al debido proceso, como ya se explicó en la imputación, y pasará a verse también en la acusación.

En decisión AP1620-2018 (radicado 49668), se indicó que "*La invalidez del proceso se advierte inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, pues tal medida extrema sólo se viabiliza frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales*".

Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, y no obstante ser un acto de parte, la nulidad de la acusación es procedente cuando no se especifica la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes sobre la que versaría el debate (CSJ SP4252-2019, radicado 53440) o cuando se vulnera el principio de objetividad. Nulidad que se decreta desde la acusación por ser el estadio procesal donde se corrigen las irregularidades presentadas en la imputación y eventualmente, cuando el acto irregular es la propia imputación, incluso desde ésta.[41]

Las anteriores providencias y la dinámica propia del sistema, ha demostrado que se debe invalidar la imputación

[41] CSJ SP del 17 de septiembre de 2019, radicado 47671

o la acusación cuando quebrantan la estructura del debido proceso o las garantías de las partes. En consecuencia, no es un concepto absoluto la improcedencia de la nulidad frente a los "*actos de parte*".

En esta oportunidad la Corte sigue considerando que la acusación es un "*acto de parte*" en tanto corresponda a su decisión unilateral (conforme se explicó en el acápite anterior), es decir, la que realiza la Fiscalía conforme el artículo 336 del CPP, a la que está obligado cuando "*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*".

Sala Casación Penal@ 2024

Pero la acusación que nace del acuerdo de voluntades, del consenso propio de la institución del preacuerdo (artículos 293 y 350 del CPP/2004) no se debe considerar como un simple "*acto de parte*" sino como una actuación procesal que suscribe un funcionario judicial.

Las anteriores premisas sustentan la siguiente conclusión: Cuando el Fiscal suscribe un preacuerdo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 162 del CPP/2004, es decir, debe hacer una "*Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica*" de la "*Decisión adoptada*" entre las partes (al igual que se realiza en las sentencias y los autos interlocutorios). Por ende, el acta del preacuerdo no es un documento sin valor proveniente de la voluntad unilateral del

Fiscal, sino, se reitera, un escrito de acusación fruto del consenso. O, lo que es lo mismo, es la formalización de un acto bilateral que al involucrar a un funcionario público en ejercicio de sus funciones conduce al particular (imputado) a confiar razonablemente en la legalidad de la actuación y, por tanto, no puede ser desconocido en contra del usuario.[42]

La Corte no puede avalar una tesis absoluta según la cual las actuaciones procesales son exclusivamente las audiencias que dirige un juez (imputación, imposición de medida de aseguramiento, acusación, preparatoria y de juicio oral, entre otras), y que las actuaciones que se realicen sin su presencia son simples "*actos de parte*". Tal idea desconoce que también pueden tener las características de "*actuaciones procesales*" aquellas donde participa un funcionario de la Rama Judicial (Fiscal) frente a su contraparte en actos de contenido y trascendencia jurídica.

Sala Casación Penal@ 2024

7.3.7. Facultades de los delegados de la Fiscalía General de Nación. Autonomía e independencia judicial.

Como se ha sostenido, la Fiscalía General de la Nación *"forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal"* (art. 249 C.Pol.) consagración fundamental en nuestro sistema democrático porque garantiza que los ciudadanos confíen en que los controles y

42. Confrontar, entre otras, las sentencias de tutela T-504 de 1999, T-730 de 2002, T-928 de 2004 y T-055 de 2005 de la Corte Constitucional.

las funciones que cumple no dependerán de las restantes ramas de poder. Esa noción conlleva la independencia[43] de todos los fiscales en sus actuaciones y decisiones en cualquier nivel jerárquico, garantizándoles la no injerencia de factores externos o internos en sus decisiones. Por eso, ningún superior jerárquico puede exigirle ni insinuarle a un Fiscal como proferir determinada decisión.

Bajo esa perspectiva, el Fiscal General de la Nación no puede, en materia judicial, inmiscuirse en la toma de decisiones de sus Delegados. El artículo 251.3 de la Constitución Política así lo consagró al referir las funciones del director y máximo representante de esa entidad:

Sala Casación Penal@ 2024

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

Es por eso que, si un fiscal delegado realiza una imputación, el Fiscal General de la Nación puede asumir ese proceso y desplazar al delegado, empero, la actuación a seguir no puede ser volver a realizar la imputación o "negarla", debe seguir la actuación, bien presentando escrito de acusación o solicitando la preclusión de la actuación.

[43] Artículo 228 de la Constitución Política

La independencia judicial de los Fiscales se reconoció desde la sentencia C-558 de 1994, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 19 del Decreto 2699 de 1991,[44] que establecía: "*Los Fiscales Delegados actuarán siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General*". La Corte Constitucional expuso:

> *"El aparte acusado del artículo 19 del decreto 2699 de 1991, no vulnera la Constitución en el entendimiento de que la subordinación y dependencia que allí se consagra, se refiere únicamente a actos o situaciones de carácter administrativo,* ***más no a las actuaciones jurisdiccionales que deban cumplir los fiscales en desarrollo de su función de investigar y acusar a los responsables de delitos, pues en este caso son totalmente independientes y autónomos****"* (subrayado fuera del texto).
>
> *[…]*
>
> *"En consecuencia, no le está permitido al Fiscal General de la Nación, como a ningún otro funcionario de la Fiscalía, injerir en las decisiones que deban adoptar los demás fiscales en desarrollo de su actividad investigativa y acusadora, ni señalarles criterios relacionados con la forma como deben resolver los casos a su cargo, ni cómo deben interpretar la ley, pues se atentaría contra los principios de independencia y autonomía funcional del fiscal."*

Sala Casación Penal © 2024

Ahora, el original artículo 251.1 de la Constitución consagraba que era una función especial del Fiscal General la de "*Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución*". Sin embargo, el Acto Legislativo 03 de 2002, amplió la competencia para conocer esa función, indicando que sigue en cabeza del jefe

[44] "Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación". Primer estatuto orgánico de esa entidad.

de esa entidad, pero agregando que puede hacerlo "*directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia*".

El mismo artículo dispuso en el numeral tercero que el Fiscal General en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía debe determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir *"sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley*".

En sentencia C-1092 de 2003, se declaró exequible el artículo 3 del Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó el artículo 251 superior, e indicó en relación con el principio de autonomía e independencia de los fiscales que:

@Sala Casación Penal@ 2024

> *"en lo que toca con la expresión "sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley", la Corte advierte que a través de ella se reafirmaron las consecuencias derivadas de la decisión de mantener a la Fiscalía General de la Nación como un órgano que hace parte de la rama judicial del poder público (C.P. arts. 116 – aprobado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002- y 249),* ***lo que en sí mismo comporta que los fiscales, en su calidad de funcionarios judiciales y en ejercicio de las funciones judiciales que desempeñan, se sometan a los principios de autonomía e independencia predicables de la función judicial, de acuerdo con los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y al artículo 5 de la Ley 270 de 1996****, lo que no implica necesariamente una contradicción con el principio de jerarquía*[45] *sino más bien una precisión sobre su proyección y alcance."* (Subrayado fuera del texto).

[45] Cfr. Sentencia C-1643 de 2000

Posteriormente, el artículo 5.1.5 del Decreto Ley 16 de 2014, consagró la independencia de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al consagrar que una de sus funciones es "*Investigar y acusar, si a ello hubiere lugar, a los servidores con fuero constitucional, previa asignación del Fiscal General de la Nación*".

La función de los Fiscales delegados ante la Corte de investigar y acusar a los aforados constitucionales, es "*cuando*" así lo disponga (más no *"como"* así lo disponga) el Fiscal General, quien puede asignar el conocimiento del caso al Delegado, con pleno conocimiento de que tal facultad la realizará el delegado con plena autonomía e independencia judicial.

Sala Casación Penal@ 2024

El Decreto Ley 16 de 2014 estableció los "*comités técnico-jurídicos de revisión",* para darle fortaleza a las investigaciones y para consolidar la posición de la entidad bajo principios de unidad de gestión y de jerarquía, pero recuérdese que la misma norma refiere que los comités se realizan "*en aplicación del numeral 3 del artículo 251 de la Constitución"*, y esta última disposición establece que las decisiones del comité se deben adoptar "*sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley*".

La propia Constitución reafirma que los comités no pueden ser utilizados para subordinar a los fiscales delegados a la voluntad del superior jerárquico bajo el criterio

de *unidad de gestión y de jerarquía*, sino para dar fortaleza a las investigaciones, buscar unidad de criterio institucional y respetar las posiciones jurídicas establecidas por los superiores jerárquicos dentro de la Fiscalía, pero siempre acatando la autonomía e independencia judicial.

En sentencia C-232 de 2016, se declaró la exequibilidad del siguiente apartado: "*Si el fiscal del caso se aparta de la decisión del Comité deberá motivar su posición, la cual será estudiada nuevamente por este. En todo caso, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, prevalecerá el criterio y la posición de la Fiscalía señalada por el Comité, en aplicación del numeral 3 del artículo 251 de la Constitución*".

Sala Casación Penal@ 2024

Podría pensarse que en principio surge una tensión entre los conceptos de autonomía e independencia judicial por un lado y los de unidad de gestión y jerarquía por el otro. Sin embargo, en esa decisión la Corte Constitucional volvió a dejar en claro que, a los Fiscales Delegados, en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales (que aún subsisten) los rigen los principios de autonomía e independencia jurisdiccional, y que sólo están atados a la unidad de gestión y jerarquía administrativa.

Ahora, la delegación es entendida como la facultad de desprenderse y transferir funciones previamente asignadas a una autoridad para radicarlas en cabeza de otra, quien actuará en representación de un órgano. Sus elementos son: *"i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; ii) la*

transferencia de funciones la realiza el órgano titular de la función; iii) la necesidad de la existencia de previa autorización legal; y, iv) el órgano que transfiere puede en cualquier momento reasumir la competencia[46]*"*[47].

En este punto debe recordarse que en el Fiscal General recaía exclusivamente la función de investigar y acusar a los aforados constitucionales. Cuando el Fiscal General de 1992 expidió la resolución Nro. 99 de 1992, delegó la función de investigar y acusar a los aforados constitucionales en los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, el Consejo de Estado declaró la nulidad de los artículos 1 y 6 de dicha resolución al considerar que el artículo 251.1 de la Constitución empleó el vocablo especial para calificar las funciones del Fiscal General lo cual debía entenderse en su sentido gramatical *"El vocablo privativo desde el punto de vista jurídico procesal, y en relación con el ejercicio de las competencias y funciones, significa aquellas que son exclusivas y no delegables por parte de su titular."*[48]

Sala Casación Penal@ 2024

Hoy, en virtud del Acto Legislativo 03 de 2002 y el Decreto Ley 16 de 2014, la competencia para investigar a los aforados constitucionales conforme a los artículos 250 y 251, recae en el Fiscal General de forma "*preferente*" más no "*exclusiva*".

---

[46] Cfr. C-561/99, C-327/02; C-372/02.
[47] CC C-1060 de 2003
[48] C.Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de noviembre de 1993, expediente CE-SEC1-EXP1993-N2284B

Entendidos los cambios normativos y recordando que desde la Constitución 1.991 hasta la fecha, los Fiscales Delegados son independientes jurisdiccionalmente, debe sostenerse que la delegación en el proceso penal conlleva el traslado por parte del Fiscal General de la totalidad de derechos y obligaciones. Lo único que cambia en esa transferencia de funciones es la persona individualmente considerada.

Así lo había esbozado la Corte Suprema desde la providencia del 29 de noviembre de 2012 (radicado 39156):

> *"Cuando el Fiscal General delega en un Fiscal Delegado ante la Corte la función de investigar y acusar a un funcionario con fuero constitucional, lo único que ocurre es que aquél debe ejercer, en las mismas condiciones y con igual responsabilidad, las funciones de las que es detentador el Fiscal General, pero* ***no por ello se convierte al interior del proceso [en] su inferior funcional"***.

Sala Casación Penal@ 2024

Para la Corte es claro que al interior del proceso penal, el Fiscal Delegado por el Fiscal General de la Nación cuenta con autonomía judicial. Y sin desconocer el principio de unidad organizacional, su aplicación no puede socavar el principio constitucional de independencia judicial.

7.4. Las nulidades.

El título VI del libro III del CPP/2004 que regula la "*INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES*", cobija tanto los actos como las actuaciones procesales. Para los efectos del

presente caso resulta necesario indicar que el artículo 457 establece como causal de nulidad la vulneración del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

La Corte ha reiterado que las nulidades se rigen por los principios de (i) taxatividad (solo se pueden solicitar las expresamente previstas en la ley); (ii) protección (no puede invocarlas la parte que dio lugar a la configuración del acto irregular, salvo el caso de ausencia de defensa técnica);(iii) convalidación, (la irregularidad puede ratificarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado); (iv) trascendencia, (se debe acreditar que la irregularidad es sustancial, de tal magnitud que afecta las garantías de los sujetos procesales o quebranta las bases del proceso, por eso no cualquier irregularidad deviene automáticamente en una nulidad); (v) instrumentalidad de las formas (no se anula el acto cuando se cumpla su finalidad sin vulnerar las garantía fundamental de los intervinientes); y (vi) residualidad (se decreta cuando no existe otro remedio procesal para subsanar el yerro).[49]

Sala Casación Penal@ 2024

Frente al último principio debe decirse que esa alternativa no debe descansar en meras especulaciones o en la escogencia de posibles hipótesis o caminos que no conduzcan a reparar efectivamente el perjuicio, ello resultaría una burla que no subsanaría el yerro.

[49] CSJ SP931-2016 (radicado 43356); SP4191-2020 (Radicado 56209)

La Corte ha sostenido, con base en la doctrina de "*la orientación por las consecuencias o interpretación orientada a las consecuencias*" que en el análisis de las distintas variables debe optarse por la que mejor sirva a la finalidad del Instituto de que se trate. Y en derecho procesal penal debe tenerse en cuenta como variable principal que las garantías son del procesado y, por tanto, una interpretación cuya consecuencia lo perjudique al procesado no es de recibo. Se trata al final de un ejercicio de ponderación reglado y limitado por los principios y garantías procesales.

La decisión recurrida sustenta en este principio la negativa de nulidad subsidiaria recordando varias decisiones de la Corte: "*Cfr. CSJ SP, 8 jul. 2009, rad 312809; CSJ SP, 5 may. 2010 rad 31319; CSJ SP 10 may. 2015, rad. 41053; CSJ SP 18 jun. 2017, rad. 45495, entre otras*". Sin embargo, olvidó que la solución menos traumática debe redundar en beneficio del procesado como lo consideraron las mismas providencias que citó. Veamos:

Sala Casación Penal@ 2024

Los hechos plasmados en la decisión del 8 de julio de 2009 (radicado 31280), el procesado aceptó cargos en la imputación por homicidio simple y porte ilegal de armas; en la individualización de pena y sentencia, la Fiscalía solicitó la variación de la calificación jurídica para que se reconociera el exceso en la legítima defensa. El defensor solicitó la nulidad porque no se sabía de tal situación en la imputación. En aquella oportunidad la Corte optó por no declarar la nulidad, pero decidió reconocer lo que llamó la "*diminuente*":

> *"Además, la inicial deficiencia en la labor investigativa de la Fiscalía* ***redundaría en últimas en mayores cargas para el sujeto pasivo de la acción judicial penal al verse nuevamente avocado al proceso,*** *máxime cuando al comparar las consecuencias de la segunda proposición condicional relacionada con aceptar la diminuente de responsabilidad se advierte que el resultado de la libertad de P.O. se obtendría ya no por una falla del sistema judicial, sino por el hecho evidente de haber cumplido la pena como pasa a explicarse"* (subrayado fuera del texto).

En la sentencia SP7253-2015 (radicado 41053), se observa que la Corte reiteró el precedente y optó por el camino de la absolución al de la nulidad por resultar aquella la alternativa **más favorable al procesado**:

> *"Son dos aristas que llevan a la Corporación a no analizar ab initio los cargos por nulidad en relación con ese tópico: de un lado, la prevalencia de la presunción de inocencia, y de otro, el principio de solución menos traumática frente a los objetivos del proceso penal, porque al imponerse una sentencia estimativa de absolución haría inoficioso analizar las censuras para retrotraer la actuación al momento apropiado a fin de enmendar algún yerro de estructura o de garantía.*
>
> *Lo anterior, siguiendo la doctrina de la orientación por las consecuencias o interpretación orientada a las consecuencias, en la cual tras analizar previamente las secuelas o efectos que acarrearía adoptar una decisión, entre todas las variables se opta por la mejor.*
>
> *Para ello, no hay que olvidar el rol de la Corte Suprema de Justicia como garante y protector de los derechos y garantías fundamentales, así como el respeto por la persona, porque* ***dar prelación a una decisión de anulación, sobre una de absolución, redundaría en mayores cargas para el procesado al verse enfrentado nuevamente al trámite judicial con todas las implicaciones que eso conlleva****."* (subrayado fuera del texto).

Sala Casación Penal 2024

En la sentencia SP9379-2017 (radicado 45495), no se declaró la nulidad requerida por la defensa, pero se

excluyeron los enunciados fácticos que no fueron imputados y que fundamentaron la condena; se consideró que:

> "*…en virtud del principio de residualidad que gobierna la declaratoria de nulidades, hay una solución menos traumática para reestablecer la correspondencia entre acusación y sentencia, a saber, la exclusión de los enunciados fácticos atinentes al porte de municiones. Esto impide anular el trámite, por cuanto tal determinación presupone el cumplimento concurrente, no alternativo, de los principios taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad (cfr., entre otros, CSJ AP 09.03.2011, rad. 32.370 y AP 30.11.2011, rad. 37.298).*".

En los precedentes elaborados por la Corte frente al principio de "*solución menos traumática*", se observan dos consecuencias en la toma final de las decisiones. La primera, entre las variables se opta por la más beneficiosa al procesado. La segunda, la opción que se escoge es concreta y no abstracta. Consecuencias que se reiterarán en esta decisión, con el fin de no hacer generalidades o crear falsas expectativas, como aquí se hizo en la instancia al dejar librado a la indeterminación, la "*posibilidad*" de conceder una rebaja punitiva.

@Sala Casación Penal@ 2024

7.5. El caso concreto.

La Sala Especial de Juzgamiento de la Corte negó la solicitud de nulidad principal expuesta por la defensa tendiente a nulitar la presentación del escrito de acusación para que se materialice el preacuerdo celebrado. Con la solicitud de nulidad el defensor anexó varios documentos, entre ellos:

1.- El "*FORMATO DE ACTA DE PREACUERDO*" del 10 de septiembre de 2020, suscrito por JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO, su defensor, el apoderado de víctimas (Ministerio de Defensa) y el Fiscal 3º Delegado ante la Corte, donde se advierte que el último leyó al imputado los derechos del artículo 8 del CPP/2004, le explicó los alcances de la autoincriminación y las consecuencias de renunciar a ellos "*al hacer alegaciones de culpabilidad"*.[50]

En el documento también se consignó la individualización del imputado, los antecedentes fácticos y procesales, los hechos jurídicamente relevantes, la calificación jurídica de los delitos imputados (*14 de Interés indebido en la celebración de contratos -artículo 409 C.P.-, y 2 Peculados por apropiación con circunstancias de atenuación punitiva "**POR REINTEGRO TOTAL**" -Artículos 397 y 401 ibidem*), las circunstancias genéricas de menor y mayor punibilidad, los elementos materiales probatorios y la evidencia física con que contaba la Fiscalía.

Sala Casación Penal@ 2024

Se indicó que SALGADO RESTREPO "*acepta su responsabilidad por los cargos que la Fiscalía le atribuye como COAUTOR*", que el único beneficio "*es el consagrado en el artículo 351 inciso 1º de la ley 906"*, y se estableció una pena de 79 meses de prisión, que disminuida en el 50% arrojaba 39 meses y 15 días de prisión, inhabilitación para el ejercicio

[50] Folios 23 y ss. Carpeta digital "007. Anexos Aportados Por la Defensa Para la Nulidad"

de derechos y funciones públicas por 58 meses y 15 días y multa de $386.406.316.

Se dejó constancia que el apoderado de víctimas participó en la negociación, dándose aplicación a la justicia restaurativa *"recibiendo el reintegro total*", debido a que "*antes de la audiencia de imputación, específicamente el día 6 de julio del presente año, constituyó un título judicial en favor del Ministerio de Defensa"* por valor $170.019.129".

2.- Constancia de la reunión del 25 de noviembre de 2020, donde se consignó: (i) el 1º de junio de 2020 la Fiscalía y la defensa fijaron los términos del preacuerdo así: el General SALGADO RESTREPO no rendiría interrogatorio, reintegraría el dinero antes de la imputación, renunciaría al Ejército y a una comisión de servicios en el exterior. (ii) El 6 de julio de 2020 se realizó el depósito judicial por valor de $170.019.129. Se realizó imputación el 18 de agosto de 2020, el 27 de agosto del mismo año se impuso medida de aseguramiento en el lugar de la residencia y el 20 de octubre se terminaron de recoger todas las firmas.

Sala Casación Penal@ 2024

Se consignó en ese documento que *"El 23 de noviembre de 2020 fue informado el Fiscal Tercero Delegado ante la CSJ que por razones de Política Criminal no se autorizaba presentar a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia el preacuerdo. Por lo tanto, se radicará el escrito de acusación".* Firmaron el acta el Fiscal, la Fiscal

Auxiliar, el fiscal de apoyo, el representante de víctimas y el defensor del imputado.[51]

Los documentos aportados por la defensa contienen dos situaciones a resaltar, que son fundamentales para la decisión que aquí se adopta conforme a las específicas particularidades de este caso:

- Primera. El preacuerdo contiene los requisitos del escrito de acusación (artículo 337 del CPP/2004), actuación que generó efectos jurídicos, pues lo suscribió un funcionario judicial (Fiscal); en consecuencia, para el 20 de octubre de 2020 (cuando se estamparon todas las firmas), mutó su naturaleza de documento informal a escrito de acusación nacido del consenso. El Fiscal tenía la obligación de ponerlo en consideración de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte de conformidad con los artículos 293 y 350 del CPP/2004.

Sala Casación Penal@ 2024

Si el Fiscal quería separase del mandato legal, era su obligación justificar su omisión, bien por quebrantar las garantías de las partes o las bases sustanciales del procedimiento, ora por advertir fraude o colusión, sin que esta Sala pueda aceptar la vaga e insustancial excusa de que lo hizo "*por razones de Política Criminal*" que nunca demostró.

[51] Folio 48 ss. Carpeta digital "007. Anexos Aportados Por la Defensa Para la Nulidad"

Apelar a la "política criminal" como razón para excluir una actuación de un Fiscal delegado no puede limitarse a la enunciación simple de la frase, ni el concepto puede corresponder al simple pensamiento personal del Fiscal General de turno en un momento determinado. El concepto de cuál es o cuáles son los elementos de "política criminal" que se oponen al preacuerdo celebrado por un delegado, deben estar formalizados, de modo que sean evidenciables y, sobre todo, controlables por parte de la autoridad judicial. Ello también hace parte de la seguridad jurídica y del principio de buena fe y de confianza legítima.

- Segunda. SALGADO RESTREPO, antes de la formulación de imputación reparó integralmente a la víctima, demostrando, y así lo reconoce la Fiscalía, que consignó $170.019.129, como reintegro del incremento patrimonial percibido como lo establece el artículo 349 del CPP.

Sala Casación Penal@ 2024

Es por esa razón que el apoderado de víctimas solicitó la materialización del preacuerdo, para poder garantizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; además, dejó claro que la declinación de la Fiscalía lo colocaba nuevamente en un estado de incertidumbre, apreciación que resulta cierta si se tiene en cuenta que, al desistir del preacuerdo en la mentada reunión del 25 de noviembre de 2020, el Fiscal debió indicarle a la víctima que no podía contar con esos recursos económicos y que debía devolver inmediatamente la suma de $170.019.129 al imputado.

Esa omisión del Fiscal resulta desleal, pues frente al desistimiento del preacuerdo tenía la obligación de retornar las cosas al estadio anterior a como las provocó, vulnerado la estructura del debido proceso (que lo obligaba a presentar el preacuerdo), el derecho del imputado a participar en la resolución de su proceso y quebrantando la confianza legítima depositada en la Fiscalía y los derechos de la víctima pues incumplió su deber de garantizar la reparación (artículo 114.12 del CPP).

Los argumentos adoptados por la Sala Especial de Primera Instancia para negar la nulidad no son de recibo por no ajustarse a las especificidades propias de este caso concreto, porque, como en líneas pasadas se estableció, el documento firmado, donde se registró que SALGADO RESTREPO aceptó los cargos es un verdadero "*preacuerdo*" cuyas cláusulas cumplió todas el imputado, que por expreso mandato de los artículos 293 y 350 del CPP/2004, debió convertirse en "*escrito de acusación*".

Sala Casación Penal@ 2024

Ahora, en relación con los principios ya clarificados de unidad de gestión y jerarquía administrativa, y de autonomía e independencia jurisdiccional, cuando el Fiscal 3º Delegado ante la Corte firmó el preacuerdo actuó dentro sus competencias judiciales y creó una situación jurídica y material que se consolidó en el tiempo y afectó los derechos patrimoniales del imputado y de la víctima.

No es acertada la posición de la Sala Especial de primera instancia al sostener que la firma del preacuerdo se precipitó ante la falta de aprobación y "*beneplácito*" del Fiscal General, pues recuérdese que la "*delegación*" le transfiere al Fiscal 3º todas las facultades constitucionales y legales para suscribir el preacuerdo de manera autónoma y bajo los principios de independencia judicial.

Pensar en contravía de estos postulados desconoce los principios de independencia y autonomía judicial y afecta la confianza legítima que los destinatarios de la ley penal tienen en las instituciones (Fiscalía). Ejemplificando la situación que propuso la primera instancia, no se concibe que un Fiscal Delegado ante la Corte formule una imputación, pero tenga que esperar el "*beneplácito*" del titular de la entidad, para después retirar la imputación (lo que no es factible) solo porque no esperó la aprobación del Fiscal General. Todos los Fiscales actúan como delegados, sobre la base de que tal delegación la ejercen de manera general solo limitados por la Constitución y la ley, y de manera específica en cada caso concreto por las evidencias y material probatorio que logren recaudar.

Sala Casación Penal@ 2024

Se vulnera el principio de autonomía e independencia judicial cuando se sostiene que los ficales delegados, deben firmar el preacuerdo con las partes e intervinientes con la advertencia de que el mismo sólo genera efectos jurídicos cuando sea aprobado por el Fiscal General o el jefe de su unidad.

En todo caso, cualquier control que el Fiscal General de la Nación personalmente o, conforme al artículo 5.5 del Decreto Ley 16 de 2014, a través de los llamados "*comités técnico-jurídicos de revisión*", quiera hacer de los preacuerdos, debe ser previo y no posterior a la firma del Delegado junto con el imputado o acusado (y exigirle además el cumplimiento de las obligaciones allí impuestas). Suscrito por las partes e intervinientes, la obligación del Fiscal Delegado es presentarlo como escrito de acusación ante el Juez que corresponda.

Obrar de manera diferente significa banalizar la seriedad que deben tener los preacuerdos como acto jurídico de las partes de un proceso, que al haber sido suscrito por un Funcionario Judicial (Fiscal Delegado) en ejercicio de sus funciones, significa una vulneración directa del principio de confianza legítima.

Sala Casación Penal@ 2024

Obsérvese que en virtud de las negociaciones del preacuerdo, al señor General (r) SALGADO RESTREPO se le impuso un camino muy largo antes de protocolizarlo mediante la firma: Renunció a ser agregado militar en Chile, radicó su retiro como Oficial de Alta Graduación (baja) del Ejército Nacional e indemnizó a la víctima consignando la suma de $170.019.129. Así está señalado en la constancia del 25 de noviembre de 2020, además de que ante la renuncia a la agregaduría militar se trasladó a Colombia con su familia. Es decir, cumplió con todas las condiciones

impuestas por la Fiscalía, razón más que suficiente para que se protejan sus derechos y los de la víctima y se imponga al Fiscal la exigencia de cumplir las obligaciones establecidas en los artículos 293 y 350 ya referidos.

La Sala Especial argumentó que el "*preacuerdo*" es un "*acto de parte*" que no puede nulitarse, posición que no se comparte. Quedó claro que existen dos tipos de escritos de acusación: el primero, el que regula el artículo 336 del CPP/2004 típico "*acto procesal*" de una sola parte (Fiscal) y, el segundo, el plurilateral, el que nace del consenso entre las partes, que no es otro que el preacuerdo (artículos 293 y 350 ibidem) que es una actuación procesal suscrita ante un funcionario judicial.

Sala Casación Penal@ 2024

La Sala de Casación debe hacer especial énfasis, y específicamente en este caso concreto, que cuando el Fiscal 3º Delegado ante la Corte firmó el preacuerdo lo hizo en calidad de funcionario judicial, lo que también hizo cuando le leyó a JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO sus derechos en presencia de su abogado y le explicó los alcances de la autoincriminación y las consecuencias de renunciar a sus derechos "*al hacer alegaciones de culpabilidad".*

El literal d) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004 prohíbe emplear el contenido de los diálogos sostenidos entre las partes para llegar a un preacuerdo cuando este no se perfecciona. Ese mandato legal es claro, y su finalidad está

fincada precisamente en el principio de lealtad procesal que debe existir entre las partes.

Aunque la norma garantiza la prohibición de utilizar en contra del indiciado el contenido de las "*conversaciones*" que se llevaron a cabo para lograr un acuerdo con declaración de responsabilidad, de no adoptarse la decisión que aquí se tomará, resultaría en este caso específico en que no solo las conversaciones sino el contenido material de un preacuerdo fallido le sería oponible en contra.

La Sala de Casación Penal no puede obviar que la especificidad de este caso da cuenta que por razón del preacuerdo se llegó al punto de exigir, antes de la suscripción del mismo, que el imputado renunciara a ser agregado militar en Chile, que se diera de baja en el Ejército Nacional e indemnizara a la víctima. Además, conforme al artículo 349 del CPP debió consignar la suma de $170.019.129 como reintegro del incremento obtenido. Estos actos no son simples conversaciones entre las partes, son la concreción material de un preacuerdo que el señor General (r)SALGADO RESTREPO cumplió.

Sala Casación Penal@ 2024

En este caso es forzoso concluir que el Fiscal 3º Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, no tenía la facultad legal de desistir del preacuerdo firmado el 20 de octubre de 2020, por lo que se debe resolver si esa actuación irregular tiene la capacidad de invalidar la actuación, con base en el artículo 457 del CPP de 2004.

Para tal fin, recordemos que la Sala Especial dio una solución excepcional que estimó menos traumática para darle la oportunidad al procesado de aceptar cargos en una audiencia especial donde se estudiaría la «"*posibilidad" de conceder la rebaja del inciso primero del artículo 351*».

Recordando que el defensor presentó su inconformidad exclusivamente sobre la negativa a declarar la nulidad del escrito de acusación, no puede la Sala dejar de indicar que en caso de abstenerse de declarar la nulidad en esta providencia, JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO tendría la posibilidad de aceptar cargos en la audiencia innominada creada por la primera instancia.

Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, la solución planteada, no se muestra más favorable para los intereses del procesado, y como se estableció en el acápite 7.4., el principio de residualidad que orienta la declaratoria de nulidad, y el principio de solución menos traumática, deben conducir a que entre las variables se opte por la que resulta más beneficiosa al procesado, dentro de un escenario alternativo que sea concreto, no abstracto o especulativo.

Vistas así las cosas, la decisión recurrida no tiene la capacidad de subsanar el yerro ocasionado por la actuación desleal de la Fiscalía en la actuación procesal. Primero, porque en el preacuerdo se fijaron unas penas en concreto conforme lo autoriza el inciso final del artículo 61 del Código

Penal[52] (39 meses y 15 días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 58 meses y 15 días, y multa de $386.406.316 pesos), aspecto que en la decisión recurrida se deja librada a la "*posibilidad*", entendida como la "*Aptitud o facultad para hacer o no hacer algo*".[53]

En el *sub examine* se deja en una completa incertidumbre a JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO, sobre la pena exacta a imponerse, situación que no se presenta en la restante variante, esta es, la declaratoria de nulidad desde la presentación del escrito de acusación.

Es innegable que cuando el imputado suscribió el preacuerdo no solo quería indemnizar a la víctima y restituir el incremento, sino que además, buscaba una rebaja de pena concreta, lo que no acaece en la solución de la Sala Especial, pues en ésta se le deja al juez (Corte) la facultad de imponer la pena conforme a su especial criterio y a las reglas establecidas en los artículos 60 y 61 del Código Penal. Lo anterior refleja la vulneración a la confianza legítima que tenía SALGADO RESTREPO en la Fiscalía y en la institución jurídica de los preacuerdos.

Sala Casación Penal@ 2024

También se le afectó su patrimonio económico, que a la fecha no se ha resarcido, toda vez que, extraído el preacuerdo

[52]El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa
[53] https://dle.rae.es/posibilidad

y presentado el escrito de acusación, su derecho a la presunción de inocencia vuelve a restablecerse en un 100%, sin que sobre JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO tenga que existir una carga económica en favor del Ministerio de Defensa.

El derecho de defensa igualmente resulta afectado porque SALGADO RESTREPO perdió la posibilidad de allanarse a los cargos en la imputación y no se opusieron a la solicitud de medida de aseguramiento, situaciones no desmentidas por el Fiscal, demostradas al revisar las respectivas audiencias[54] y la constancia del 25 de noviembre de 2020.

La estructura del debido proceso en aspectos sustanciales se quebrantó por no presentarse el preacuerdo como escrito de acusación a la Sala Especial de Primera Instancia como se lo imponen a la Fiscalía los artículos 293 y 350 del CPP de 2004.

Sala Casación Penal@ 2024

Ahora, fíjese que si bien fue el abogado de SALGADO RESTREPO el que puso en conocimiento de la Sala Especial la actuación, es innegable que en la audiencia de acusación la Corte terminaría por conocer que el procesado restituyó los dineros con los cuales incrementó su patrimonio, lo que afectaría gravemente su imparcialidad (artículo 5 de la Ley 906 de 2004).

[54] Registros 01:15:57 y 01:30:26

Ese conocimiento del juez era más que evidente por cuanto en el escrito de acusación la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes en los dos (2) peculados por apropiación dan cuenta de que es atenuado por el reintegro total establecido en el artículo 401 del Código Penal, pero calla en señalar las circunstancias específicas de ese reintegro. Además, también sería un aspecto conocido al momento de determinar la calidad de víctima del Ministerio de Defensa, de conformidad con los artículos 132 y 340 de la ley 906 de 2004.

Forzoso es para la Corte declarar la nulidad de la actuación con el fin de proteger la institución jurídica de los preacuerdos, recomponer el principio de confianza legítima en las instituciones y garantizar que las partes e intervinientes actúen con lealtad procesal.

Sala Casación Penal@ 2024

La nulidad que acá se decreta obedece a una causal taxativamente señalada en el artículo 457 del CPP, el sujeto que la alegó (defensa), no fue el causante del acto irregular ni coadyuvó a su configuración; el perjudicado no ha dado su consentimiento para convalidar el acto irregular, por el contrario, lo puso en conocimiento y apeló la negativa de su declaración por medio de su defensor; y, no existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial como ya se explicó al tratar los principios de residualidad y de "*solución menos traumática*".

En consecuencia, se revocará la decisión del 13 de abril de 2021 y decretará la nulidad de la actuación, inclusive desde la presentación del escrito de acusación, para que el Fiscal 3º Delegado ante esta Corporación, presente ante la Sala Especial el preacuerdo celebrado el 20 de octubre de 2020, y que ésta decida si lo aprueba o lo desaprueba.

Finalmente, se requerirá respetuosamente a la Fiscal General de la Nación para que en lo sucesivo instruya a todos sus fiscales delegados con el fin de que, en determinados casos (especialmente en los de connotación nacional), **previamente** a suscribir preacuerdos, consulten con sus superiores jerárquicos, con los jefes de las distintas unidades de Fiscalía, o hagan uso de los comité técnicos jurídicos que tienen a su disposición para preservar la unidad de gestión y jerarquía en esa institución y garantizar la seguridad jurídica, la lealtad procesal y el principio de confianza legítima en las instituciones como pilar fundamental en el Estado Social de Derecho, amparados claro está, por los principios de autonomía e independencia judicial.

Sala Casación Penal@ 2024

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

Primero: REVOCAR la decisión adoptada el 13 de abril de 2021 por la Sala Especial de Primera Instancia que negó

la nulidad principal solicitada por la defensa de JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO.

Segundo: DECRETAR la nulidad de la actuación, inclusive desde la presentación del escrito de acusación, para que el Fiscal Tercero Delegado ante esta Corporación, presente ante la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, el preacuerdo celebrado el 20 de octubre de 2020 con el señor General (r) JORGE ARTURO SALGADO RESTREPO, su defensor y el apoderado del Ministerio de Defensa, con el fin de que ésta decida si lo aprueba o lo desaprueba.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Sala Penal@ 2024

Notifíquese, cúmplase y devuélvase a la primera instancia.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
No firma impedimento



GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Sala Casación Penal@ 2024

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: F68854F710F53F9D9B08A7BE52F1C29BB9FD5C328A0EEE15563A5650FEBA13CB
Documento generado en 2024-06-17

Sala Casación Penal@ 2024