

## **ANEXOS**

ANEXO 1. FICHA BIBLIOGRÁFICA	2
ANEXO 2. FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS	10

## ANEXO 1. FICHA BIBLIOGRÁFICA

### FICHA BIBLIOGRÁFICA (001)

**TÍTULO:** MÓDULOS DE FORMACIÓN PARA FISCALES – ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

---

**SUBTÍTULO:** FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO PENAL.-

---

**AUTOR(ES):** JAIME ÁNGEL LONDOÑO, PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO, LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, JOSÉ ALFREDO JARAMILLO MATIZ, NÉSTOR ARMANDO NOVOA, PIEDAD LUCIA VANEGAS Y ADRIANA VILLEGAS ARANGO.-

**EDITORIAL:** ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSES.-

---

**EDICIÓN:** SIN EDICIÓN

---

**AÑO:** 2007

---

**PÁGINAS:** 114 -126

---

**PALABRAS CLAVES:**

- a) PREACUERDO
- b) CONVENIO
- c) SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIALES
- d) CONDICIÓN DEL ACUERDO
- e) ACEPTACIÓN LIBRE
- f) ACEPTACIÓN VOLUNTARIA
- g) ACEPTACIÓN CON LA ASISTENCIA DE UN DEFENSOR
- h) PREACUERDO ACERCA DE LOS HECHOS IMPUTADOS Y SUS CONSECUENCIAS I

---

**CÓDIGO DE BARRAS (ISBN):** SIN.-

**COMENTARIOS:** EL DESARROLLO DE UNA DE LAS FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO, LOS PREACUERDOS.-

---

**RELACIÓN DE OBJETIVOS:** (Si se refieren a los objetivos planteados en el proyecto).

SE REFIERE A LOS OBJETIVOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN EN EL SENTIDO DE INFORMAR COMO SE DEBE REALIZAR UN PREACUERDOS Y

LAS NEGOCIACIONES PARA QUE NO SE FACILITE UNA INADECUADA CALIFICACIÓN JURÍDICA.-

**FICHA BIBLIOGRÁFICA: (002)**

**TÍTULO:** MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

---

**SUBTÍTULO:** PREACUERDOS.-

---

**AUTOR(ES):** LUIS CAMILO OSORIO ISAZA Y OTROS

---

**EDITORIAL:** FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

---

**EDICIÓN:** SIN EDICIÓN

---

**AÑO:** 2005

---

**PÁGINAS:** 96-108

---

**PALABRAS CLAVES:**

- a) PREACUERDOS
- 

**CÓDIGO DE BARRAS (ISBN):** ISBN 958-97542-5-2

---

**COMENTARIOS:** EL PREACUERDO ES UN CONVENIO SOBRE LOS TÉRMINOS DE LA IMPUTACIÓN, LA ACEPTACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS CARGOS, O DIFERENTE TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA, CELEBRADO ENTRE EL FISCAL DELEGADO Y EL IMPUTADO O ACUSADO ASISTIDO POR SU DEFENSOR, QUE TIENE COMO OBJETIVO ESPECIFICO LA ATENUACIÓN DE LA PENA Y UNA S FINALIDADES.-

---

**RELACIÓN DE OBJETIVOS:** (Si se refieren a los objetivos planteados en el proyecto).

SE REFIERE A LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIÓN Y COMO DEBEN REALIZARSE SIEMPRE Y CUANDO SE AJUSTE A UNA ADECUADA CALIFICACIÓN JURÍDICA.-

**FICHA BIBLIOGRÁFICA: (003)**

**TÍTULO:** EL SISTEMA ACUSATORIO Y LOS PREACUERDOS

---

**SUBTÍTULO:** LOS PREACUERDOS O NEGOCIACIONES COMO INSTRUMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO.-

---

**AUTOR(ES):** EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA, MARGARITA ROSA CORTES VELASCO, JAIRO ALBERTO MARTÍNEZ IDARRAGA, MARÍA GLADYS MARTÍNEZ IDARRAGA, CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN Y GERMAN TOBÓN HURTADO.-

---

**EDITORIAL:** SELLO EDITORIAL UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

---

**EDICIÓN:** PRIMERA EDICIÓN

---

**AÑO:** 2008

---

**PÁGINAS:** 25-31

---

**PALABRAS CLAVES:** L

- a) PREACUERDOS
- b) POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO
- c) MECANISMO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO
- d) INTERPRETACIÓN CONDUCTUAL
- e) INTERPRETACIÓN PERSONAL
- f) JUSTICIA PENAL EFECTIVA
- g) FINES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

---

**CÓDIGO DE BARRAS (ISBN): 978-958-8348-18-6**

**COMENTARIOS:** EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, NACE ANTE LA NECESIDAD DE POSIBILITAR EL DESARROLLO SOCIAL Y ECONÓMICO DE LA NACIÓN AL TENOR DE LA APLICACIÓN DE CATEGORÍAS DE JUSTICIA Y EQUIDAD, CON EL FIN DE CONSOLIDAR UN PROCESO JUDICIAL JUSTO, TRASPARENTE Y HONESTO.

ES EVIDENTE QUE HAY QUE DARLE UN MAYOR CONTENIDO CONSTITUCIONAL A LOS PROCEDIMIENTOS DEL PROCESO PENAL, EN PROCURA DE HACER EFECTIVAS LAS GARANTÍAS MÍNIMAS ORDENADAS POR LA CARTA PARA TODO TRAMITE JUDICIAL.

LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES, SI VIOLAN GARANTÍAS PROCESALES IMPIDE QUE DICHO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE

CONFLICTOS NAZCA A LA VIDA JURÍDICA Y TENGA LOS EFECTOS LEGALES ASIGNADOS POR LA NORMATIVA VIGENTE.

PARA SER VIABLE LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS PROPIA DE LOS SISTEMAS DISPOSITIVOS, SE HA RECOMENDADO LA REVISIÓN DE TRES ASPECTOS POR PARTE DE LA FISCALÍA, A SABER: LA INTERPRETACIÓN CONDUCTUAL, ES DECIR EL ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DELICTIVA EN TODA SU DINÁMICA; LA INTERPRETACIÓN PERSONAL EN CUANTO AL AUTOR, SU RELACIÓN CON LA VÍCTIMA Y EL DAÑO CAUSADO AL BIEN JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN GENERAL.

EL SISTEMA PROCESAL PENAL Y LAS PERSONAS ENCARGADAS DE OPERARLO DEBEN ESTAR EN CAPACIDAD DE ATENDER LOS ANTERIORES LES, PARA QUE LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS SEAN COHERENTES CON LAS POLÍTICAS DISEÑADAS PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA DE LA CRIMINALIDAD, SIN APARTARSE DE LA REALIDAD SOCIAL EN LA QUE SE APLICA, PORQUE LOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD DEMANDAN SEGURIDAD Y CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.-

---

**RELACIÓN DE OBJETIVOS:** (Si se refieren a los objetivos planteados en el proyecto).

SE REFIERE A LOS OBJETIVOS PORQUE ES INDISPENSABLE LA ADECUADA CALIFICACIÓN JURÍDICA PARA QUE NAZCA A LA VIDA JURÍDICA Y TENGA LOS EFECTOS LEGALES ASIGNADOS POR LA NORMATIVIDAD, PARA PODER ENFRENTAR LOS PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD.-

**FICHA BIBLIOGRÁFICA: (004)**

**TÍTULO:** DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO – REVISTA INTERNACIONAL

---

**SUBTÍTULO:** PREACUERDO Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO.-

---

**AUTOR(ES):** FRANCISCO JOSÉ SINTURA VARELA

---

**EDITORIAL:** LEGIS EDITORES S.A.

---

**EDICIÓN:** SIN EDICIÓN

---

**AÑO:** 2004

---

**PÁGINAS:** 85 -108

---

**PALABRAS CLAVES:** L

- a) PREACUERDOS
- b) FISCALÍA
- c) IMPUTADOS O ACUSADOS
- d) SISTEMA ACUSATORIO
- e) EFICIENCIA JUDICIAL
- f) DEBIDO PROCESO
- g) JUSTICIA AUTOCOMPOSITIVA

**CÓDIGO DE BARRAS (ISBN):** ISSN 1692 – 1682

**COMENTARIOS:** EL TITULO II DEL LIBRO 3 DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, INTRODUCE EN NUESTRO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL LAS ALEGACIONES PREACORDADAS DE CULPABILIDAD ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO, CON LA ESPERANZA DE QUE ESTE INSTRUMENTO CONTRIBUYA EFICAZMENTE A REDUCIR LA CARGA LABORAL Y A AGILIZAR LA RESPUESTA DEL SISTEMA JUDICIAL FRENTE A LA DEMANDA DE JUSTICIA PENAL.

SE TRATA DE INCORPORAR UN MODELO DE JUSTICIA AUTOCOMPOSITIVA, DE CLARA ESTIRPE ANGLOSAJONA, CON UN ALTO COMPONENTE DE TRANSACCIÓN INTRAPROCESAL, EN UN NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL. ES UNA FORMA DE COMPOSICIÓN DEL PROCESO POR LA VÍA DEL ACUERDO QUE DETERMINA QUE NO SE APLICARAN LAS FORMALIDADES PROPIAS DEL JUZGAMIENTO.

POR VIRTUD DEL ACUERDO, YA SEA UNA LA AUDIENCIA PRELIMINAR O EN EL JUICIO, EL JUEZ PUEDE PROFERIR LA SENTENCIA APLICANDO LA PENA SOLICITADA, SI CONSIDERA QUE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL REATO Y LAS CIRCUNSTANCIAS PROSPECTADAS POR LAS PARTES SON CORRECTAS.

ES DE VITAL IMPORTANCIA ASEGURAR UNAS DIRECTRICES Y PAUTAS DE POLÍTICA CRIMINAL, EN LOS TÉRMINOS DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 348, QUE GARANTICEN LA PLENA EFICACIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, SUFICIENTE INFORMACIÓN AL IMPUTADO O ACUSADO, LEGALIDAD EN CONTRA DEL ABUSO EN EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD, ETC.

---

**RELACIÓN DE OBJETIVOS:** (Si se refieren a los objetivos planteados en el proyecto).

AL REALIZAR LOS PREACUERDOS HAY QUE TENER ENCUNTRA UNOS PRINCIPIOS QUE GARANTICEN SU PLENA EFICACIA, COMO ES LA LEGALIDAD EN CONTRA DEL ABUSO DE LA DISCRECIONALIDAD DEL FISCAL .-

**FICHA BIBLIOGRÁFICA: (005)**

**TÍTULO:** DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO – REVISTA INTERNACIONAL

---

**SUBTÍTULO:** PRINCIPIO Y PROCESO ACUSATORIO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

---

**AUTOR(ES):** LUIS ARMANDO CALLE CALDERÓN

---

**EDITORIAL:** LEGIS EDITORES S.A.

---

**EDICIÓN:** SIN EDICIÓN

---

**AÑO:** 2009

---

**PÁGINAS:** 5-36

---

**PALABRAS CLAVES:** L

- a) DERECHO PROCESAL PENAL
- b) PROCESO PENAL
- c) PROCESO ACUSATORIO
- d) PRINCIPIO ACUSATORIO

---

**CÓDIGO DE BARRAS (ISBN):** ISSN 1692-1682

**COMENTARIOS:** EL VIGENTE PROCESO PENAL REGULADO ES DENOMINADO PROCESO ACUSATORIO CON PRINCIPIO DE AVERIGUACIÓN, QUE NO SE IDENTIFICA NI CON EL PROCESO INQUISITIVO DEL DERECHO COMÚN NI CON EL PROCESO ACUSATORIO PURO, ENTONCES EL PROCESO ANGLOAMERICANO SE ESTRUCTURA COMO UNO PURAMENTE CONTRADICTORIO DE PARTES ENFRENTADAS ENTRE SI, CON POSIBILIDAD DE REALIZAR PREACUERDOS.-

---

**RELACIÓN DE OBJETIVOS:** (Si se refieren a los objetivos planteados en el proyecto).

EN LOS PRINCIPIOS QUE HACEN PARTE DEL SISTEMA ACUSATORIO, SE ESTRUCTURA COMO PURAMENTE CONTRADICTORIO DE PARTES ENFRENTADAS ENTRE SI, LOS CUALES PUEDEN REALIZAR PREACUERDOS.-

## ANEXO 2. FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS

No. 001

### TEMA: PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES CORTE CONSTITUCIONAL

<b>GENERALIDADES</b>	
<b>Introducción</b> (qué se va a hacer?)	
<b>Fecha de análisis</b>	20 de Enero de 2013
<b>Nombre del Evaluador</b>	Diana María Tamayo Lopera
<b>Corporación</b>	1. Corte Constitucional <input checked="" type="checkbox"/> 2. Corte Suprema de Justicia <input type="checkbox"/> 3. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/>
<b>Tipo de Providencia</b>	ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
<b>Identificar la Providencia</b>	SENTENCIA 1260/05 Expediente. No. D-5731
<b>Fecha de la Providencia</b>	5 de Diciembre de 2005
<b>Magistrado Ponente</b>	CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
<b>Demandante</b>	GONZALO RODRIGO PAZ MAHECHA
<b>Demandado</b>	Inexequibilidad de los artículos 8, literal 1, parcial; 142, numeral 2, parcial; 348, inciso 2, parcial; 350, numeral 2; y 449, inciso 2, de la Ley 906 de 2004
	<p><b>6. Artículo 348, inciso 2, parcial</b></p> <p><b>a) Texto de la norma acusada</b></p> <p>Se transcribe a continuación el texto del inciso 2, del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, subrayando el aparte acusado:</p> <p style="padding-left: 40px;">“ARTÍCULO 348. FINALIDADES. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.</p> <p style="padding-left: 40px;">El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar <u>las directivas de la Fiscalía General de la Nación</u> y las pautas trazadas como política criminal, <u>a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.</u>”</p> <p><b>b) Fundamentos de la demanda</b></p> <p>El actor señala que respecto de la frase acusada “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, se remite a la argumentación</p>

indicada respecto de frase similar que acusó (las directrices del Fiscal General de la Nación) contenida en el numeral 1 del artículo 142 de la ley acusada.

En cuanto a la segunda frase demandada “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, anota el actor que es una norma de corte fascista ya que quienes necesitan aprestigiar sus sistemas de justicia y evitar su cuestionamiento “son los regimenes totalitarios como el fascismo, el nacionalsocialismo y los nuevos modelos totalitarios, aún a costa de la dignidad humana, instrumentalizando al hombre y convirtiéndolo en un objeto a través del cual se pueden enviar mensajes a la sociedad”.

Considera así desconocido el principio de dignidad humana en la medida que la persona es un fin en sí misma, por lo que no puede ser manipulable ni utilizado con propósitos de intimidación o para lanzar mensajes de ejemplarización a sus congéneres. Se privilegia el interés del Estado por encima del valor superior de la justicia. Extrae el actor como consecuencia que “las decisiones no estarán guiadas por la observancia de la Constitución y la ley, sino por un nuevo derrotero que significa sumisión, fidelidad y obediencia a las directrices de la fiscalía.”

Concluye que en la medida que se instrumentaliza al hombre para colocarlo al servicio de los intereses del Estado y de la Fiscalía resulta contraria la expresión acusada a los valores superiores del Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución.

**7. Artículo 350, numeral 2, parcial**

**a) Texto de la norma acusada**

Se transcribe a continuación el texto del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, subrayando lo acusado:

“ ARTÍCULO 350. PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN. 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.

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

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.

2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”

<p><b>Tema</b></p>	<p><b>b) Fundamentos de la demanda</b></p> <p>El actor considera que la frase acusada “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” viola el artículo 29 de la Constitución en cuanto al principio de taxatividad, pues, “le permite al fiscal que conozca del asunto tipificar la conducta con miras a disminuir la pena”, lo cual trae consecuencias por cuanto ya no será la conducta la que se adecue a la norma, sino la conducta que se adecue al querer del fiscal, de tal forma que se pueda disminuir la pena.</p> <p>Anota que los funcionarios judiciales no tipifican conductas por cuanto dicha labor compete al legislador. Lo que hacen es un proceso de adecuación típica de las conductas humanas que es algo bien distinto. Recalca que al permitirse que sea el fiscal quien tipifique la conducta se viola el principio de taxatividad y, así mismo, se consagra el aumento de los poderes de la Fiscalía General “lo que traduce una decisión política de gran significancia que es muy reveladora de la concepción de Estado que se quiere”. Recuerda que la transferencia al fiscal de la facultad de tipificar la conducta por fuera de la taxatividad “no es más que admitir y aumentar el poder hegemónico que la Fiscalía tiene y, de paso, reducir a los jueces en las labores que hasta ahora habían desarrollado. Esta es otra manera velada de dar aplicación al principio de oportunidad, convirtiendo al juez en una especie de servidor público con funciones notariales.”</p> <p>Señala que lo más grave es que el esfuerzo del legislador al tipificar una conducta y señalarle una pena queda sin sentido “en razón de una norma de carácter procesal que autoriza al fiscal para ‘tipificar la conducta...con miras a disminuir la pena.’” De igual manera, se citan varias decisiones de esta Corte, C-1144/00, C-133/99, C-559/99 y C-843/99, para resaltar que en virtud del principio de taxatividad la definición de las conductas punibles corresponde al legislador y no a los jueces ni a la administración. Así mismo, expone una serie de consideraciones sobre el nuevo sistema procesal penal que no comparte.</p>
<p><b>Hechos</b></p>	
<p><b>Juez en primera instancia</b></p>	<p>Corte constitucional</p>

<p><b>Decisión</b></p>	<p><b>e) Consideraciones de la Corte Constitucional</b></p> <p><b>Extensión de las consideraciones realizadas en el punto 2. de esta decisión, al mismo cargo formulado contra la expresión “las directivas de la Fiscalía General de la Nación” e ineptitud sustancial de la demanda respecto de la expresión “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”</b></p> <p>1. En cuanto a las expresiones demandadas “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, el actor se limita a remitirse a los mismos argumentos expuestos en esta demanda cuando acusó frase similar contenida en el numeral 1 del artículo 142 de la ley estudiada.</p> <p>Como la expresión demandada en esta última disposición legal, es decir, la referente al numeral 1 del artículo 142 de la Ley 906, es “respetando las directrices del Fiscal General de la Nación”, debe indicarse por la Corte que las consideraciones expuestas por esta Corporación sobre dicha frase en el punto número 2 de esta Sentencia, son extensibles a la presente normatividad acusada en la medida que los vocablos “directivas” y “directrices” son términos sinónimos. Por lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, por los cargos formulados por el actor.</p> <p>2. Ahora, respecto de los argumentos expuestos por el actor en cuanto a la expresión “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, esta Corte habrá de inhibirse por ineptitud sustancial de la demanda, conforme a lo considerado y solicitado por el Procurador General de la Nación.</p> <p>En efecto, encuentra la Corte que los argumentos expuestos por el ciudadano no cumple con las previsiones del numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, al no exponer razones de inconstitucionalidad que resulten específicas y suficientes.</p> <p>Así se tiene en la medida que el actor no expresa un razonamiento mínimo demostrativo de las afirmaciones que realiza que le permitan al juez constitucional disponer al menos de un cargo concreto de inconstitucionalidad y que además resulte suficiente. Las consideraciones generales que realiza el actor soportándolas en el principio de dignidad humana no son objeto de desarrollo, es decir, como lo anota la Procuraduría General de la Nación, no se exponen “las razones por las que considera que se produce esa instrumentalización y de qué modo tiene lugar”.</p> <p>Por lo anterior, esta Corte habrá de inhibirse para proferir fallo de fondo sobre la expresión “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, por ineptitud sustancial de la demanda.</p> <p><b>e) Consideraciones de la Corte Constitucional</b></p> <p><b>1. Problema jurídico</b></p>
------------------------	---

Como lo entiende la Procuraduría General de la Nación, el problema jurídico radica en determinar si la facultad otorgada al fiscal para que “Tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” desconoce la reserva exclusiva del legislador de configurar conductas delictivas y el principio de taxatividad penal (art. 29 de la Constitución) en la medida que la definición de las conductas corresponde al Congreso de la República por lo que no se puede abandonar en el querer del fiscal el proceso de tipificación con miras a disminuir la pena.

De igual manera, sobre las consideraciones de conveniencia que se realizan sobre el nuevo sistema procesal penal establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, la Corte no se pronunciaría atendiendo su incompetencia al respecto.

Conforme a lo anterior, esta Corte traerá a colación la jurisprudencia constitucional en materia de reserva legislativa y del principio de taxatividad penal, para así entrar a resolver el caso concreto.

## **2. Reserva legislativa en materia de tipificación de conductas punibles y alcance del principio de taxatividad penal**

Como lo sostuvo la Sentencia C-420 de 2002, el legislador es el titular de la potestad de configuración normativa en materia de política criminal y, por ende, para la tipificación de conductas punibles:

“(…)el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no

existen poderes absolutos.”

De igual manera, en la Sentencia C-205 de 2003, la Corte aludió a la reserva de ley en la creación de tipos penales en materia del principio de legalidad:

#### **“4.2.1. Examen de constitucionalidad sobre el principio de legalidad.**

La Corte ha sido constante en afirmar que la creación de tipos penales tiene reserva de ley, en sentido material, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político: se reservan ciertas materias a la forma de ley, elaborada por quienes son los representantes de los ciudadanos y mediante un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad. La ley aparece como la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantizan el principio democrático y el pluralismo político.

En tal sentido la Corte, en sentencia C-599 de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero consideró lo siguiente:

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente.”

El deber de observar la estricta legalidad comprende pues la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1 ) La prohibición de la analogía ( nullum crimen, nullapoena sine legestricta ); 2 ) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (

nullum crimen, nulla poena sine lege scripta ); 3 ) la prohibición de la retroactividad ( nullum crimen, nulla poena sine lege praevia ); 4 ) la prohibición de delitos y penas indeterminados ( nullum crimen, nulla poena sine lege certa ); 5 ) el principio de lesividad del acto ( nulla lex poenalis sine iniuria ); 6 ) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito ( nullum crimen sine necessitate ) y 7 ) el derecho penal de acto y no de autor.

En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.

**De tal suerte que el legislador debe abstenerse de realizar una punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger.”**

Más concretamente sobre el alcance de los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad penal en cuanto al debido proceso, esta Corte en Sentencia C-200 de 2002, sostuvo lo siguiente:

### “3.3. El principio de legalidad en materia penal

En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.

En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales define de la siguiente manera:

“ ...nullum crimen sine praevialege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevialege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnatus nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.

(...)

En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional, haciendo énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena. Así ha dicho esta Corporación lo siguiente:

“13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29).

14- Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.

15- Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale” sino que además la

norma sancionadora “ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.”

16- La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal” (Subrayas fuera de texto)

También, en cuanto a las funciones del legislador y del juez en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, la Corte en Sentencia C-173 de 2001, reiteró:

“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley (artículo 6 C.P.). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P.)”

### **3. El caso concreto**

En el presente caso, el numeral 2 del artículo 350 cuestionado, refiere expresamente a que el Fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal, entre otro, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal.

De la jurisprudencia constitucional reseñada, es claro que es el legislador el titular de la potestad de configuración de tipos penales, y, en consecuencia, es el facultado constitucionalmente crear conductas punibles con fundamento principal en los principios democrático y de separación de poderes.

Así mismo, en torno al entendimiento que debe darse a los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena en cuanto a la garantía constitucional del debido proceso, se ha indicado por la Corte que el principio de legalidad penal tiene dentro de sus dimensiones y alcances la más natural como es la reserva legal consistente en que la definición de las conductas sancionables compete al legislador y no a los jueces ni a la administración en virtud de que se persigue que la imposición de penas provenga de criterios establecidos por los representantes del pueblo “y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.

De igual manera, el principio de legalidad en sentido lato o de reserva legal consistente en que la ley debe definir previamente los hechos punibles, como se expuso en dicha Sentencia, debe ser complementado con el principio de legalidad en sentido estricto también denominado “como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.

Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo – preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la

	<p>conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.</p> <p>En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.</p> <p>La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.</p> <p>En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.</p>
<b>Motivación de la decisión</b>	No inconstitucionalidad de los artículos.-
<b>Juez en Segunda instancia</b>	No aplica
<b>Decisión</b>	
<b>Motivación de la decisión</b>	
<b>Decisión de la Corporación</b>	No aplica
<b>Motivación de la Decisión</b>	

<b>Salvamento de Voto</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO
<b>Magistrado</b>	No aplica
<b>Resumen del Salvamento</b>	No aplica
<b>Aclaraciones de voto</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO
<b>Magistrado</b>	CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
<b>Resumen de las aclaraciones</b>	<p>2.2 De otra parte, considero necesario hacer aquí mención de la razón última de teoría y filosofía del derecho que explica mi posición en relación con este punto. Esta razón se encuentra en la teoría de Adolfo Merkl y Hans Kelsen quienes sostienen que en realidad en el Estado existen solamente dos funciones: la aplicación inmediata de la Constitución, y la aplicación mediata e inmediata de la Constitución y de la ley. Así la función legislativa, constituye la aplicación inmediata de la Constitución. Las otras dos funciones, tanto la ejecutiva como la judicial, corresponden a la aplicación tanto inmediata como mediata de la Constitución y la ley. Así, la función ejecutiva se refiere a la aplicación inmediata de la ley, mientras que la función judicial hace mención a la aplicación mediata de la Constitución y la ley.</p> <p>La diferencia entre estas dos formas de aplicación de la ley se encuentra finalmente en el principio del <i>mando de jerarquía</i>. En consecuencia, el principio que rige la administración es el principio de <i>mando-obediencia</i>, esto es, de subordinación jerárquica. Por el contrario, en la rama judicial el principio que rige es la <i>independencia</i> y la <i>autonomía</i> del juez, el juez es libre, y sólo se encuentra atado o sujeto a la Constitución y a la ley. En nuestro ordenamiento este principio se encuentra consagrado en los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional.</p> <p>Por tanto, es claro a mi juicio, que el principio de independencia y autonomía es el que debe regir a la rama judicial, a la cual pertenece la Fiscalía, lo cual encuentra su explicación teórica y filosófica en la diferenciación entre las dos funciones existentes en el Estado: por un lado, la aplicación inmediata de la Constitución y, por el otro, la aplicación inmediata y mediata de la Constitución y de la ley. Los dos últimos se rigen respectivamente por el principio administrativo y el principio de independencia.</p> <p>Por estas razones, no estoy de acuerdo con las facultades de fijar directrices otorgadas al Fiscal General de la Nación, por cuanto en mi concepto, esto viola la autonomía del fiscal de inferior jerarquía, y da lugar a discrecionalidad y abuso por parte del Fiscal General. En este sentido, en cuanto la Fiscalía pertenece a la rama judicial debe respetar, en mi concepto, el principio de independencia de los fiscales en su calidad de funcionarios judiciales.</p>

	<p>4. En lo que toca con el numeral cuarto de la parte resolutive de la presente decisión, que declara exequible por los cargos formulados, la expresión “las directivas de la Fiscalía General de la Nación”, y se inhibe de fallar de fondo, frente a la expresión “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”, contenidas en el inciso 2 del artículo 348, me permito presentar aclaración de voto en relación con el alcance de la facultad conferida al Fiscal General de la Nación, por las mismas razones anteriormente expuestas en el numeral segundo del presente escrito.</p> <p>5. En relación con el numeral quinto de esta decisión, que declara la exequibilidad condicionada, por los cargos formulados, de la expresión acusada del numeral 2 del artículo 350, me permito aclarar mi voto, por cuanto considero que en respeto de las normas constitucionales y especialmente del principio de legalidad en el que se basa toda la dogmática penal, hay que precisar unos límites a esa adecuación que realiza el fiscal, argumento que fue acogido en su momento por esta Corte a través del condicionamiento de la exequibilidad del numeral acusado.</p> <p>Sostengo por tanto la tesis, de que el condicionamiento de la exequibilidad de la norma acusada es necesario, en razón a que la norma tiene dos interpretaciones. De un lado, puede entenderse que la Fiscalía reemplaza al legislador; de otro, que el Fiscal tiene límites por cuanto la adecuación del tipo penal no puede ir en contra de los derechos ni del Código Penal.</p>
<p><b>OBSERVACIONES</b> (Calidad del dato, contradicciones, insuficiencia en la argumentación)</p>	<p>En la Sentencia se observa conceptos de preacuerdo realizado plasmando una inadecuada calificación jurídica.</p>
<p><b>ANÁLISIS SOBRE EL TEMA</b></p>	<p>La Corte realiza un análisis de y en síntesis dice: la aprobación parcial de los preacuerdos es legítima tanto como anular parcialmente los preacuerdos y negociaciones en lo que no se ajuste a la legalidad. El juez de conocimiento cuando advierta un error de legalidad, de garantía o de estructura en el proceso lo procedente es que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad total o parcial del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error in procedendo.- la declaratoria de nulidad de una imputación consensuada ( lesiones personales) obliga a rehacer el proceso pero de ninguna manera ata la nueva sentencia, ni las posibilidades defensivas que surjan a partir de la reconstrucción de los ritos.-</p>

**ANEXO No. 2**  
**FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS**  
**No. 002**  
**TEMA: PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES**  
**CORTE CONSTITUCIONAL**

<b>GENERALIDADES</b>	
<b>Introducción</b> (qué se va a hacer?)	
<b>Fecha de análisis</b>	19 DE JUNIO DE 2014
<b>Nombre del Evaluador</b>	Diana María Tamayo Lopera
<b>Corporación</b>	1. Corte Constitucional <input checked="" type="checkbox"/> 2. Corte Suprema de Justicia <input type="checkbox"/> 3. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/>
<b>Tipo de Providencia</b>	ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD <input type="checkbox"/>
<b>Identificar la Providencia</b>	Sentencia C-025/10, expediente D-7858
<b>Fecha de la Providencia</b>	27 DE ENERO DE 2010
<b>Magistrado Ponente</b>	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
<b>Demandante</b>	Heliodoro Fierro-Méndez
<b>Demandado</b>	Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 448 (parciales) de la Ley 906 de 2004
<b>Tema</b>	
<b>Hechos</b>	<p>En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Heliodoro Fierro-Méndez interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 6 y 448 (parciales) de la Ley 906 de 2004, por considerar que violan el artículo 29 Superior.</p> <p>Argumenta el ciudadano demandante que los segmentos normativos acusados vulneran el artículo 29 Superior, en la medida en que este último dispone que <i>“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”</i>, en tanto que el artículo 6º de la Ley 906 de 2004 le cambia el sentido y tenor al <i>“acto imputado”</i> por aquel de <i>“hechos”</i>, como también sucede con el artículo 448 de la misma normatividad, el cual cambia <i>“acto imputado”</i>, por <i>“hechos en la acusación”</i>.</p> <p>Más adelante señala <i>“La acusación es la formalización de la imputación del acto, por tanto, primero hay que imputar el acto y luego, para efectos del juicio, formalizar la imputación mediante la formulación de la acusación, lo cual implica que debiéndose juzgar conforme al acto imputado (artículo 29 C.N.), la formulación de la acusación debe guardar armonía y congruencia con la formulación de la imputación; las que, a su vez, deben tenerla con el sentido del fallo y la ulterior sentencia”</i>.</p>

<b>Hechos</b>	<p>Más adelante indica que <i>“para el caso concreto de las normas demandadas, las anteriores fundamentaciones llevan a concluir que el artículo 6º inciso primero, al señalar que “nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio”, y el artículo 448 decir que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación”, el legislador no ha desarrollado ni precisado el alcance del precepto constitucional sino cambiado el contenido y sentido de la norma constitucional, que no es otro de “juzgar sino por el acto imputado” y en cambio aquí, el legislador impuso que fuera por el acto acusado”</i>. A renglón seguido, el demandante precisa que no se trata de un simple giro lingüístico pues, <i>“una cosa es la imputación y otra muy diversa la acusación en términos de derecho penal y lo que exige la Constitución es el “acto imputado”, y el desarrollo legislativo, para efectos de guardar armonía con la Constitución en punto de acto imputado, está integrado por: formulación de imputación, formulación de acusación, sentido del fallo y sentencia: el “acto imputado”, que exige la Constitución en su artículo 29 como presupuesto para el juzgamiento, debe transitar en identidad y congruencia, quiero ello decir, sin modificación alguna desde el primer escalón (formulación de imputación), hasta el último (sentencia)”</i>.</p> <p>Agrega el ciudadano que, si después de haberse formulado imputación se descubren otros elementos diferentes no puedan ser esos nuevos hechos judicializados, lo que ocurre es que ya no pueden ser objeto de acusación en el asunto en que se haya llevado a cabo la imputación, <i>“porque si se hace ocurre el fenómeno de la incongruencia entre imputación y acusación y se estará violando el derecho fundamental de no ser juzgado sino por el acto imputado”</i>.</p>
<b>Juez en primera instancia</b>	Corte constitucional
<b>Decisión</b>	<p>El ciudadano Heliodoro Fierro-Méndez formuló un cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, a cuyo tenor <i>“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”</i>, por cuanto el legislador, al momento de consagrar el principio de congruencia en el nuevo sistema penal acusatorio, vulneró el artículo 29 Superior, en la medida en que aquélla debe existir igualmente entre la audiencia de formulación de la imputación y la audiencia de formulación de la acusación. Considera la Corte que el cargo no está llamado a prosperar, por las siguientes razones.</p> <p>Como se explicó, el principio de congruencia adquiere una connotación especial en un sistema penal acusatorio, en la medida en que, bajo este modelo procesal, se debe respetar el principio de igualdad de armas, entendido como <i>“la posibilidad que tienen las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son</i></p>

	<i>contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”[37].</i>
<b>Decisión</b>	<p>De igual manera, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que debe existir igualmente una congruencia fáctica entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, en tanto que manifestación del derecho al debido proceso penal (art. 29 Superior), en consonancia con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.</p> <p>En igual sentido, la Corte Constitucional considera que el derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia.</p> <p>Ahora bien, la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo <i>provisional</i>, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal. En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación.</p> <p>En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, interpretado de conformidad con los artículos 29 y 31 Superiores y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comporta que el principio de congruencia se entienda igualmente aplicable, dentro de los límites fijados en esta sentencia, a la relación existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación.</p> <p>Así las cosas, una interpretación conforme de la norma acusada con la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, conduce a que el cargo de inconstitucionalidad por violación al debido proceso no esté llamado a prosperar. En consecuencia, la Corte declarará exequible el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.</p>
<b>Motivación de la decisión</b>	No inconstitucionalidad de los artículos.-
<b>Juez en Segunda instancia</b>	No aplica
<b>Decisión</b>	
<b>Motivación de la decisión</b>	
<b>Decisión de la Corporación</b>	No aplica
<b>Motivación de la Decisión</b>	
<b>Salvamento de Voto</b>	

	<input type="checkbox"/> NO
<b>Magistrado</b>	No aplica
<b>Resumen del Salvamento</b>	No aplica
<b>Aclaraciones de voto</b>	<input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO
<b>Magistrado</b>	
<b>Resumen de las aclaraciones</b>	
<b>OBSERVACIONES (Calidad del dato, contradicciones, insuficiencia en la argumentación</b>	
<b>ANÁLISIS SOBRE EL TEMA</b>	<p>La corte constitucional hace alusión a las decisiones de la Corte suprema de justicia, en cuanto a la calificación jurídica en un preacuerdo, así:</p> <p>Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 28 de noviembre de 2007[19], consideró lo siguiente:</p> <p><i>“...Así el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 ciertamente no contribuya a esta claridad, sin embargo, teniendo como fundamento la imputación las nociones de autoría y participación, ésta es necesariamente jurídica también, en tanto lo fáctico no es comprensivo de tales nociones.</i></p> <p><i>Por ello, se ha insistido en que la <b>imputación fáctica y jurídica</b> se impone para su adecuada formulación, la cual ha de ser conocida por el imputado y su defensor a efectos del allanamiento, como marco que sujeta al juzgador so pena de infringir el principio de congruencia, ora por acción o por omisión cuando se: i) <b>condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las <u>audiencias de formulación de imputación o de acusación</u></b>, ii) <b>condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de <u>formulación de imputación o de la acusación</u></b>, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación...”</i></p> <p><i>“...El anterior recuento jurisprudencial, <b>le permite a la Sala insistir en la obligación de <u>formular tanto la imputación como la acusación</u></b>, con todos los factores que incidan en el grado del injusto, al punto que en el primer caso, los cargos en sus componentes fácticos y jurídicos</i></p>

	<p><b>resultan inmodificables en evento de allanamientos, acuerdos o preacuerdos</b>, y siempre, claro está, que permanezcan indemnes las garantías fundamentales del imputado; así mismo, en el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes. (negritas y subrayados agregados)..."</p>
--	--

**ANEXO No. 2**  
**FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS**  
**No. 003**

**TEMA: PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA PENAL**

<b>GENERALIDADES</b>	
<b>Introducción</b> (qué se va a hacer?)	
<b>Fecha de análisis</b>	20 de Enero de 2013
<b>Nombre del Evaluador</b>	Diana María Tamayo Lopera
<b>Corporación</b>	1. Corte Constitucional <input type="checkbox"/> 2. Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> 3. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/>
<b>Tipo de Providencia</b>	Casación <input type="checkbox"/>
<b>Identificar la Providencia</b>	<i>Expediente. No. 27759</i>
<b>Fecha de la Providencia</b>	12 de septiembre de 2007
<b>Magistrado Ponente</b>	Alfredo Gómez Quintero
<b>Demandante</b>	Leonardo Loaiza Jaramillo y Jhon Fredy Melo Garzón
<b>Demandado</b>	Sentencia del 6 de Febrero/2007 del Tribunal Superior de Bogotá
<b>Tema</b>	Recurso de Casación por Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, el 6 de febrero de 2007
<b>Hechos</b>	El día 27 de septiembre de 2005, en el barrio Fontibón, cuando Leonardo Loaiza Jaramillo y Jhon Fredy Melo Garzón hurtaron la suma de cinco millones de pesos al señor Didier Alexander Gaviria, para lo cual utilizaron armas de fuego, propinándole cinco heridas en miembros inferiores y una en la región precordial, cerca al corazón, lesiones que fueron catalogadas por medicina legal como mortales, que ameritaron una incapacidad de 20 días a la víctima, la cual fue atendida oportunamente o de lo contrario hubiera perdido la vida.
<b>Juez en primera instancia</b>	Juez 34 Penal del Circuito de Bogotá con funciones de conocimiento.
<b>Decisión</b>	Profirió sentencia condenatoria el 30 de noviembre de 2005 por el delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal y lesiones personales; en ese orden, sentenció a Leonardo Loaiza Jaramillo y Jhon Fredy Melo Garzón a la pena de 110 meses de prisión.-
<b>Motivación de la decisión</b>	En virtud de diligencia de preacuerdo celebrada el 28 de septiembre de 2005
<b>Juez en Segunda instancia</b>	Tribunal Superior de Bogotá
<b>Decisión</b>	El 31 de marzo de 2006 fue parcialmente anulada la decisión de primera instancia, en lo que respecta al delito de lesiones porque encontró ilegal el acuerdo que modificó (lesiones personales) la imputación inicial de homicidio agravado de tentativa.- Y dispuso ruptura procesal.-

<b>Motivación de la decisión</b>	Se encontró ilegal el acuerdo.-
<b>Decisión de la Corporación</b>	Ruptura procesal para que se investigue por el delito de homicidio.-
Motivación de la Decisión	Porque encontró ilegal el acuerdo que modificó (por lesiones) la imputación inicial de homicidio agravado en grado de tentativa.-
<b>Salvamento de Voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input checked="" type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	No aplica
<b>Resumen del Salvamento</b>	No aplica
<b>Aclaraciones de voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input checked="" type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	No aplica
Resumen de las aclaraciones	No aplica
<b>OBSERVACIONES</b> (Calidad del dato, contradicciones, insuficiencia en la argumentación)	En la Sentencia se observa conceptos de preacuerdo realizado plasmando una inadecuada calificación jurídica.
<b>ANÁLISIS SOBRE EL TEMA</b>	<p><b>Primer cargo (principal). Nulidad por violación del debido proceso, art. 181 – 2 en concordancia con el artículo 457 de la Ley 906 de 2004</b></p> <p>El recurrente abogó en este inicial reproche por la validez del primer preacuerdo en el que los imputados <b>LEONARDO LOAIZA JARAMILLO</b> y <b>JHON FREDY MELO GARZÓN</b> aceptaron la responsabilidad por hurto agravado, porte ilegal de armas y <u>lesiones personales simples</u>, que fue anulado parcialmente (sólo en relación con ésta conducta) por el Tribunal de Bogotá en sentencia del 31 de marzo de 2006.</p> <p>La Procuraduría apoyó esta tesis del recurrente y dijo además que el juez (individual o colegiado) sólo puede aprobar o improbar el acuerdo “<i>en su totalidad</i>” porque si el Tribunal encuentra inadmisibles el acuerdo debe revocar la sentencia “<i>integralmente</i>” junto con el acuerdo mismo. Se responde:</p> <p><b>1.1. La validez parcial de los preacuerdos</b></p> <p>No existe previsión legislativa con carácter de mandato –imposición- al juez para que apruebe o impruebe los preacuerdos “<i>en su totalidad</i>”; al contrario, lo que la ley dice es que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento <b>salvo</b> que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales (Art. 351 inciso cuarto).</p> <p>Los preacuerdos y negociaciones en materia penal <b>no</b> tienen la misma fuente civilista en la que el comprador adquiere ciertos bienes que acceden la cosa principal objeto del contrato. Cuando el juez del conocimiento (individual o colectivo), que por antonomasia es juez de</p>

garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la Ley, así debe declararlo, como debe declarar al mismo tiempo qué parte del preacuerdo obedece la ley, en esencia porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho.

Uno de los principios que orientan las nulidades es precisamente la “*instrumentalidad de las formas*”, en virtud del cual no se declarará la invalidez del acto cuando cumple la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (Cfr. Artículo 310 num. 1 de la Ley 600 de 2000). Este principio es aplicable en el sistema acusatorio sencillamente porque se trata de un precepto de carácter axiológico.

En síntesis: la aprobación parcial de los preacuerdos es legítima tanto como anular parcialmente los preacuerdos y negociaciones en lo que no se ajusten a la legalidad.

La contracara del asunto: es posible que el acusado acepte parcialmente los cargos; puede hacer declaraciones de culpabilidad mixtas (artículos 353, 367), en esos casos, los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos “...*para efectos de lo aceptado*”, caso en el cual el decremento punitivo afecta sólo los cargos aceptados.

La Sala encuentra correcta la aprobación parcial de preacuerdos porque en los temas válidamente consensuados se elimina la controversia, porque es una garantía fundamental –*inter partes*- el derecho al proceso sin dilaciones injustificadas. Lo pertinente en tales eventos es la ruptura de la unidad procesal (artículo 53 – 2 del C. de P.P.) y la tasación de la pena por las conductas válidamente consensuadas.

Entre tanto, cuando el juez del conocimiento –que es constitucional por excelencia- advierta un error de legalidad, de garantía o de estructura en el proceso del sistema penal colombiano, lo procedente es –*y sigue siéndolo*- que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad –total o parcial- del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error *in procedendo*.

Todo ello en favor de preacuerdos o negociaciones con observancia de los presupuestos de legalidad y de constitucionalidad.

## **1.2. La impugnación del fallo que aprueba o imprueba el preacuerdo y la negociación**

*i)* Cuando es el Juez del conocimiento –*a quo*- en sede de sentencia de primera instancia, quien declara la nulidad o imprueba total o parcialmente una diligencia del preacuerdo o una negociación entre la fiscalía y el imputado, la determinación es susceptible del recurso ordinario de apelación (artículo 176 inciso tercero de la Ley 906 de 2004).

*ii)* Cuando es el Tribunal, en “fallo” de segunda instancia, el que imprueba total o parcialmente el preacuerdo y declara la nulidad –total o parcial- del trámite, resulta obligado concluir que no existe recurso alguno contra la determinación interlocutoria que se adopta en la providencia de segunda instancia, sencillamente porque en lo que tiene que ver con la invalidez parcial no ha habido decisión “para ponerle fin al objeto del proceso”; por ello la anulación no tiene carácter de sentencia sino de auto interlocutorio.

"...Desde este punto de vista, sólo son sentencias las providencias que absuelven o condenan al procesado, y, excepcionalmente, las que declaran la nulidad como consecuencia del recurso extraordinario de casación o de la acción de revisión" (Sentencia del 3 de agosto de 2006, Rad. núm. 22485).

La *sentencia* del Tribunal que aprueba parcialmente un preacuerdo y lo invalida en algunos aspectos (en este caso por la imputación de lesiones personales porque se trató de un homicidio imperfecto) es una decisión de carácter mixto:

Es **sentencia** en lo que decide el mérito del asunto –*hurto y porte ilegal de armas*- y a la vez es **auto interlocutorio** en lo que no resuelve el fondo –*homicidio en grado de tentativa*-, porque es claro que en relación con esta conducta el proceso se restablece desde la fase preprocesal, para que se tramite con total apego a las garantías procesales y defensivas. Por ello es desacertada la perspectiva del fiscal.

De manera que en estos eventos lo susceptible del recurso de casación es la decisión que "puso fin al proceso en segunda instancia", lo demás no es pasible de impugnación extraordinaria. Lo que abría paso al recurso de casación en el fallo del 31 de marzo de 2006 era la condena por los delitos de hurto y porte de armas y si los intervinientes en el proceso estaban conformes con la decisión, nada había que recurrir ante la Corte.

Si bien el núcleo fáctico de las dos sentencias coincide, porque **LEONARDO LOAIZA JARAMILLO** y **JHON FREDY MELO GARZÓN...** para ejecutar el hurto calificado y agravado al señor Didier Alexander Gaviria lo impactaron con arma de fuego en múltiples oportunidades... una de ellas en el tórax, también lo es que con el fallo del 31 de marzo de 2006 se sentenciaron las conductas de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal cuya responsabilidad ni siquiera discute el actor y la sentencia, no impugnada, hizo tránsito de cosa juzgada material; el debate quedó legalmente clausurado.

Sin embargo, el único vínculo (que reclama el libelista) entre las dos sentencias del Tribunal es la identidad de los autores, porque en una y otra decisión se fallaron conductas diversas en virtud de una situación normal: la ruptura de la unidad procesal como consecuencia del pronunciamiento de segunda instancia del 31 de marzo de 2006. Fue la ilegalidad de la variación de la imputación en el preacuerdo (*de homicidio agravado imperfecto a lesiones simples*), lo que motivó la nulidad parcial del acto consensuado que materializó la acusación y la ruptura de la unidad procesal como consecuencia lógica. (Véase numeral primero, inciso segundo de la parte resolutive de la primera sentencia).

### **1.3. La competencia del Tribunal, el principio de limitación del recurso de apelación, la prohibición de reforma peyorativa y la prohibición de *ne bis in idem***

En apoyo de la tesis del libelista, argumentó –sin razón- el Ministerio Público que la competencia del Tribunal es limitada en virtud del recurso de apelación de un fallo producto del preacuerdo (se refirió al del 31 de marzo de 2006); sostuvo que no podía cuestionarlo porque no tenía competencia para ello en virtud de que el defensor fue único

	<p>impugnante y sin embargo, en contravía de la prohibición de reforma peyorativa declaró parcialmente nulo el preacuerdo y ordenó restablecer el proceso.</p> <p>Se responde:</p> <p>En vigencia de los anteriores códigos de procedimiento penal (Artículo 217 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 204 de la Ley 600 de 2000) existían disposiciones explícitas orientadas a regular la limitación del superior orientada a que es la impugnación la que fija los parámetros del debate en el pronunciamiento del <i>ad quem</i>, sin que se pudiera desmejorar la situación de apelantes únicos.</p> <p>El nuevo ordenamiento no reprodujo aquellas disposiciones; el artículo 179 de la Ley 906 no consagra expresamente aquel tipo de limitación.</p> <p>En todo caso, tanto en la legislación anterior, como ahora en el novedoso sistema de enjuiciamiento ha existido una innegable tensión en esa materia (Legalidad vs. Principio de limitación), que tiene su núcleo en el artículo 31 de la Carta Política que consagra el principio de la doble instancia y la prohibición de reforma peyorativa.</p> <p>En relación con la conducta contra la vida, en estricto sentido no ha habido <i>reforma en peor</i>, sencillamente porque se anuló la sentencia por lesiones y se dispuso rehacer el procedimiento. Sin embargo, lo que no puede soslayar la Sala es el hecho de que el funcionario judicial, tanto como los intervinientes en el proceso <b>siempre</b> tienen un referente ineludible en el papel que cumplen en el proceso penal: La Constitución y la Ley.</p> <p>Desde esa perspectiva, la Sala participa del pensamiento de que las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la <b>legalidad, de los derechos y garantías fundamentales</b>; por ello el inciso cuarto del artículo 351 establece la salvedad:</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>“...Los preacuerdos... obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales.</i></p> <p>De ninguna manera puede entenderse <i>–por sí–</i> la declaración de nulidad del preacuerdo o la declaratoria de nulidad del proceso penal por errónea adecuación típica (que es lo que aquí sucedió) como una reforma peyorativa; no obstante cabe la discusión de que se trate de <i>“una verdad a medias”</i> porque de todos modos se anula la imputación (lesiones personales) y se procesará de nuevo por una conducta que reviste mayor gravedad (homicidio imperfecto).</p> <p>La declaración de nulidad de una imputación consensuada (lesiones personales) obliga a rehacer el proceso pero de ninguna manera ata la nueva sentencia, ni las posibilidades defensivas que surjan a partir de la reconstrucción del rito.</p> <p>En síntesis, la declaración de nulidad del preacuerdo sobre los términos de la imputación (art. 350), o de la aceptación misma de la imputación por consenso (arts. 351 inc. 1, 352, 356 núm. 5, 367) no impide a la parte defensiva ejercer el derecho de contradicción a plenitud en el proceso reconstruido (Vg. probar alguna causal de ausencia de responsabilidad penal) porque, en todo caso lo que persigue la declaración de nulidad es exclusivamente “garantizar a plenitud el derecho al debido proceso” sin perder de vista que el juez del conocimiento (juzgado – tribunal) funge como sede de control <i>constitucional y legal</i>, bien que se tramite por el sistema ordinario o por</p>
--	--

el sistema de imputación preacordada.

El recurrente sostiene que la sentencia objeto del recurso extraordinario (6/2/2007) que impuso una condena de 163 meses por homicidio “simple” imperfecto en grado de tentativa es gravosa con respecto de la sentencia parcialmente anulada que había condenado a **LOAIZA JARAMILLO** y **MELO GARZÓN** a 20 meses de prisión por la conducta de lesiones.

A pesar de lo llamativo que pueda parecer el argumento, no advirtió el censor el motivo de la nulidad parcial del acuerdo con respecto de aquella imputación (lesiones) porque se apartó del supuesto fáctico real, en la medida que jurídicamente nunca existió esa conducta punible y por ello no puede ser tenida aquella imputación como fundamento correcto de la sentencia.

Desde esa perspectiva tuvo razón el Tribunal cuando declaró nulo el acuerdo porque no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto.

El homicidio agravado en grado de tentativa era un asunto *tan evidente* que no se podía desconocer.

**1.4. La teleología de los preacuerdos**

La teleología de los preacuerdos y de la aceptación pura de cargos radica en que deben tramitarse con total apego a la legalidad, porque de otra manera no pueden ser aprobados por el juez.

En suma, en materia de recursos ordinarios es procedente apelar la sentencia del juez que aprueba, imprueba o anula un acuerdo (*A quo*), con las restricciones lógicas en fallos aprobatorios (prohibición de retractación, artículo 293, inc. 2 de la ley 906 de 2004).

Cuando el Tribunal (*Ad quem*) imprueba el preacuerdo en fallo de segunda instancia –*como en este caso, mediante la declaración de nulidad parcial*–, contra tal decisión interlocutoria, como ya se dijo, no existe recurso alguno; sin embargo, ello **no** equivale a decir que se atente contra las garantías defensivas porque –se insiste– la nulidad no pone fin al objeto del proceso porque no tiene carácter de sentencia sino de auto (antes interlocutorio).

Los recursos y la garantía plena del derecho de contradicción se salvaguardan y se discuten en el proceso válidamente reconstruido en este caso, en el que se adelantó por homicidio en grado de tentativa, tema que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

**1.5. El funcionario que aprobó un preacuerdo que luego es anulado por el juez no queda impedido para conocer del proceso**

Estima el actor que hay nulidad sobre la base de que, tanto el fiscal como el juez que sentenció el primer acuerdo (que cambió la imputación de homicidio agravado por lesiones) habían emitido concepto en el asunto y que por ello estaban impedidos de conformidad con el artículo 56 – 4, 6, porque participaron en el proceso; citó como fundamento de su réplica el fallo del 21 de marzo de 2007, Rad. núm. 25407 que estableció lineamientos en caso de presentarse un impedimento.

Se responde:

El antecedente que refiere el actor no dirimió un caso de la misma naturaleza (impedimento / recusación); en aquella oportunidad la Sala abordó el tema de *incompatibilidad funcional del juez por razón del preacuerdo cuando unos complotados admiten su culpa en favor de algunos beneficios punitivos y otros optan por no aceptar la*

	<p><i>responsabilidad penal con la expectativa de tener mejor suerte en el proceso ordinario.</i> La pregunta en esa ocasión era si podía el sentenciador fallar sucesivamente la responsabilidad de quienes no precuerdan, tema que no corresponde al que hoy atiende la Sala; por manera que la referencia del libelista es impropia.</p> <p>Ante la declaratoria de nulidad (total o parcial) del preacuerdo, lo que corresponde es <b>rehacer</b> el proceso desde la fase en que se indique sin que ello comporte el impedimento del funcionario (fiscal, juez, tribunal) que adelantó la investigación y sentenció.</p> <p>Las causales subjetivas de impedimento y de recusación surgen cuando se advierte de alguna manera el compromiso de la garantía de imparcialidad del funcionario judicial; ellas son taxativas (art. 56 de la Ley 906 de 2004); de otra manera, la nulidad sólo genera el castigo <u>al proceso</u>.</p> <p><b>1.6. Los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. ¿Los parámetros del preacuerdo?</b></p> <p>El problema jurídico radica entonces en saber <b>¿cuál es la circunspección del fiscal a la hora de celebrar un preacuerdo?</b>, tema que resulta definitivo a la hora de celebrarlos:</p> <p>Cuando la Corte Constitucional revisó el numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, referido a los preacuerdos sobre los términos de la imputación, en sentencia C-1260 de 2005, avaló de forma <u>condicionada</u> la norma impugnada, en favor de la legalidad de los preacuerdos entre la fiscalía y la defensa.</p> <p>El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que es permitido a la Fiscalía <i>tipificar</i> [Léase <b>imputar</b>] la conducta dentro de su alegación conclusiva de forma específica con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar [<b>no imputar, excluir</b>] alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que <u>no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente</u> corresponda [Léase <b>imputación jurídica circunstanciada</b>].</p> <p>Se trata –<i>insiste la Sala</i>- de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de <i>legalidad</i> penal, <i>tipicidad</i> plena, <i>transparencia</i> y <i>lealtad</i> con la Administración de justicia.</p> <p>Por lo importante del tema, la Sala refiere las intervenciones más relevantes en el trámite para definir la constitucionalidad condicionada de la norma:</p> <p>1.6.1. El demandante estimaba –palabras más palabras menos- que la posibilidad de que el fiscal “<i>Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena</i>” viola el artículo 29 de la Constitución, pues trae consecuencias [<i>negativas</i>] por cuanto ya no será [<i>la sentencia por</i>] la conducta la que se adecue a la norma, sino [<i>por</i>] la conducta que se adecue al querer del fiscal, de tal forma que se pueda disminuir la pena.</p> <p>1.6.2. El apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia sostuvo que... “los preacuerdos y negociaciones tienen un control judicial del juez de control de garantías y de la causa”.</p> <p>1.6.3. El Fiscal General alegó que el sistema acusatorio, de pesos y contrapesos donde el Estado cede su poder punitivo en garantía de una pronta y cumplida justicia:</p> <p>“...permite consensuar la imputación o la acusación y hasta</p>
--	---

*variar, en cuanto a cargos y demostración de los mismos, el desarrollo del juicio oral. Pero siempre con la limitación de mantenerse un grado de punición mínimo que no puede ser inferior a la mitad de la pena imponible, si al formularse la imputación su aceptación es total (art. 351, inciso 1), o la disminución punitiva alcanza una tercera parte de la misma, si ocurre al conocerse la acusación y hasta el interrogatorio que antecede al juicio oral (art. 352, inc. 2), o en una sexta parte si en este se reconoce culpable (art. 367, inc. 2). Pero cuando la admisión se expresa de manera parcial, es en este ámbito en donde los acuerdos y negociaciones aparecen y exhiben su decisiva importancia, al punto que, conforme lo señala el artículo 350, la imputación (y otro tanto puede ocurrir con la acusación) elimine uno o varios de los cargos; o se elimine la única agravación advertida, o se desaloje parte de las agravaciones concurrentes, todo con repercusión sobre la pena”.*

1.6.4. El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia sostuvo que el verdadero sentido de la norma consiste en que, para la celebración del preacuerdo se debe realizar un juicio de adecuación típica por parte del fiscal como requisito para las negociaciones y preacuerdos en la medida que se hace necesario máxime cuando se trata de concretar las formas de aceptación de cargos, pues, el imputado debe tener certeza del delito cuya responsabilidad aceptará y de la pena que se le podría imponer en virtud del mismo.

1.6.5. Los representantes de la Comisión Colombiana de Juristas dijeron que... *“Las conductas punibles deben ajustarse a las normas [y que] la labor del fiscal es hacer la adecuación típica y no puede haber un margen de discrecionalidad en esa tarea que faculte excluir del análisis de la conducta algunos elementos relevantes con el fin de lograr un acuerdo”.*

1.6.6. El Ministerio Público señaló que:

*“cuando el fiscal modifica la adecuación típica de la conducta con ocasión del acuerdo, debe hacerlo atendiendo los parámetros fijados por la ley, es decir, atribuyendo el delito señalado al formular la imputación, pero en condiciones que permitan la disminución de la pena, o acusándolo por ‘uno relacionado de pena menor’, dado que los preacuerdos no son medios para suplir elementos de juicio, como lo estima el demandante, sino para negociar, en el supuesto analizado, la atenuación de cargos a cambio de la renuncia al juicio. No puede el fiscal apartarse por completo del delito imputado para atribuir, con ocasión del acuerdo, uno diametralmente distinto, aquel siempre será su referente...”.*  
(Destaca la Sala).

Agregó que desde el punto de vista de la proporcionalidad del mecanismo utilizado ... la [nueva] adecuación [típica] del fiscal se hace como parte del acuerdo celebrado ...para obtener una disminución material de la pena, que supone una voluntad libre en aquél.

1.6.7. La Corte Constitucional sentenció que en el nuevo esquema procesal penal el fiscal tiene un cierto margen... con miras a lograr

un acuerdo:

*“...se le permite [al fiscal] definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.*

*...aquel [el fiscal] no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta [léase imputar], pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal”.* (Destaca la Sala).

En suma, la Corte Constitucional declaró exequible la facultad del fiscal para IMPUTAR la(s) conducta(s) en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, **siempre y cuando** se adelante esa labor de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, pues en últimas “...a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente” (se destaca).

1.6.8. Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en **no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica:** Imputación fáctica y jurídica circunstanciada. Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de **qué es lo que se negocia** (los términos de la imputación), y **cuál es el precio** de lo que se negocia (el decremento punitivo).

Por ello, a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a **negociar los términos de la imputación:**

Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a **preacordar las exclusiones en la imputación** porque ya pueden tener idea clara –uno y otro- de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.

Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera *consensuada, razonada y razonable* excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el *costo / beneficio* del preacuerdo.

Todo ello dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de

atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.

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

#### **1.7. La reconstrucción del proceso anulado**

Con todo, después de la declaración de nulidad parcial del preacuerdo, y después de reconstruido el proceso penal bajo el supuesto de una correcta imputación, el libelista continúa abogando porque "...aquél primer preacuerdo que imputó lesiones en lugar de homicidio imperfecto se celebró a la luz del artículo 351 del C. de P.P.. Afirma que *"en él se hizo justicia material... se cumplieron los fines y principios del proceso acusatorio, se respetaron a las partes y a la víctima"*.

Sin embargo, lo que advierte la Sala es que con posterioridad a la decisión interlocutoria de anulación (del 31 de marzo de 2006), el 17 de octubre de 2006 la parte defensiva (procesados y defensor) celebró con el fiscal un nuevo preacuerdo sobre los términos de la imputación en el que admitieron la responsabilidad penal de la conducta homicida:

La tipicidad circunstanciada referida en el nuevo preacuerdo fue: **homicidio agravado** Art. 104 – 2, habiendo obrado en coparticipación criminal Art. 58 – 10, en grado de tentativa, que es la que corresponde verdaderamente al referente naturalístico:

***"LEONARDO LOAIZA JARAMILLO y JHON FREDY MELO GARZÓN... para ejecutar el hurto calificado y agravado al señor Didier Alexander Gaviria, lo impactaron con arma de fuego en múltiples oportunidades... una de ellas en el tórax; la víctima no murió gracias a la oportuna intervención médica"***.

Los procesados aceptaron (por segunda vez) el referente óptico, pero esta vez con una imputación jurídica circunstanciada ajustada a la legalidad, a cambio de que el fiscal tipificara el comportamiento de sus pupilos como homicidio simple, en grado de tentativa, habiendo obrado en coparticipación criminal.

1.7.1. Si se vuelve la mirada a los parámetros de negociabilidad: *la no impunidad, la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la administración de justicia*, ello implicó que el sentenciador no determinara la pena dentro de los lindes mínimo y máximo del homicidio agravado (de 400 a 720 meses de prisión) que era lo que legalmente les correspondía si no hubiesen celebrado el preacuerdo.

1.7.2. En virtud del nuevo preacuerdo, la pena se tasó dentro de los límites del homicidio simple (de **208** a 450 meses) y el **costo / beneficio** del preacuerdo sobre los términos de la imputación es ineludible (lo correcto era partir de cuatrocientos meses).

1.7.3. Finalmente, además de la sinrazón de la censura, la Sala encuentra que el reproche del actor implica una verdadera *retractación* del preacuerdo del 17 de octubre de 2006. Como lo hizo notar el Tribunal, el artículo 293 del C. de P.P. prohíbe la retractación después de la aceptación del preacuerdo.

Por esas razones, el cargo de nulidad no prospera.

**Segundo cargo (subsidiario). Violación directa de los artículos 27, 55, 58, 60, 61 y 103 del C.P. y 29 de la Constitución Política**

1) Alegó el recurrente que el fallo impugnado erró al reconocer por allanamiento a la imputación una rebaja de una tercera parte de la pena prevista en el artículo 352 del C. de P.P., cuando lo procedente era conceder el 50% de decremento punitivo (Art. 351).

La propuesta así presentada amerita una única respuesta:

El proceso no se tramitó por **aceptación de cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación** (artículo 351), ni se tramitó por **la aceptación de responsabilidad posterior a la acusación** de que trata el artículo 352, luego resulta inaplicable alguno de los decrementos punitivos allí previstos.

El proceso se tramitó por **preacuerdo sobre los términos de la imputación** de que trata el artículo 350 numeral primero, a cambio de que el fiscal eliminara (como efectivamente eliminó) la causal de agravación del homicidio con los decrementos punitivos que ello representó.

En suma, mal puede el censor pretender ahora que se acumulen uno y otros descuentos punitivos, porque existe prohibición expresa de ello en el inciso segundo del artículo 351 ib.... "...*Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo...*".

En suma: Cuando de dimensionar el *costo / beneficio* se trata, los sujetos procesales tienen libertad de escoger una u otra alternativa y momento procesal, bien para aceptar la responsabilidad penal o para consensuar los términos de la imputación.

2) Al interior del mismo reparo y de forma deshilvanada (debió haber propuesto una censura autónoma), el recurrente sostiene que el 28 de septiembre de 2005 –al día siguiente de los hechos- cuando se formuló imputación por homicidio en grado de tentativa, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, no se habló de la circunstancia genérica de mayor punibilidad (en este caso el del numeral 10 del artículo 58 relativo a obrar en coparticipación criminal) y que en la nueva imputación surgida después de la nulidad parcial decretada por el Tribunal, con ocasión de la diligencia de preacuerdo del 17 de octubre de 2006 la Fiscalía dedujo, para el homicidio agravado en grado de tentativa, la causal genérica de agravación del artículo 58 – 10 del C.P, lo que sugiere doble incriminación.

No le asiste razón al demandante por dos razones:

2.1. En primer lugar porque el hurto calificado y agravado se tramitó y se sentenció de manera autónoma por la pervivencia (parcial) de la **aceptación de cargos por hurto y porte de armas** con la consecuente disminución de la pena para esas conductas, a la luz del artículo 351 inc. 1, como lo explicó en aquella ocasión el Tribunal:

*"...y frente a los hechos punibles de hurto calificado y agravado y el porte ilegal de armas de fuego, se **aceptaron los cargos imputados por acuerdo, sin que éste versara sobre el monto de la pena o aspectos diferente, vaga decir sobre las circunstancias de atenuación y agravación de la pena, que son las que determinan el cuarto dentro del cual se debe mover el fallador al imponer la pena, entendiéndose que la contraprestación es la rebaja de pena prevista en el artículo***

*351 inciso 1° del C.P.P.”*

Con todo, el Tribunal precisó en aquella ocasión que la pena que se aplicó para el hurto fue “en extremo benigna”, no obstante, en favor de la prohibición de reforma peyorativa la confirmó. (Páginas 10 párrafo final y 11 ib.).

2.2. En segundo lugar, porque en materia de consenso sobre los términos de la imputación (que es el tema referente a la conducta homicida) resulta obligatorio que –como presupuesto del acuerdo- la fiscalía parta de la **imputación jurídica circunstanciada**, es decir, la que incluye el tipo básico, la(s) circunstancia(s) que califica(n) la conducta, la(s) circunstancia(s) agravante(s) específica(s), la(s) circunstancia(s) de mayor punibilidad (art. 58 del C.P.) y la(s) circunstancia(s) de menor punibilidad (art. 55 ib.) que se presente(n). Es a partir de la imputación fáctica y jurídica precisa, como referente “obligado” –insiste la Sala- que pueden los sujetos procesales “negociar” los términos de la imputación; la imputación correcta es el único parámetro que permite establecer los dos factores: La pena a imponer si no hay preacuerdo y la pena a imponer producto del consenso (la relación costo / beneficio de los términos de la acusación).

El pacto sobre los extremos del señalamiento penal fue absolutamente transparente: La defensa aceptó, con libertad, la imputación fáctica y jurídica correcta, a cambio de la exclusión de la agravante específica, en aras de un importante decremento punitivo.

**FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS**  
**No. 004**  
**TEMA: PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA PENAL**

<b>GENERALIDADES</b>	
<b>Introducción</b> (qué se va a hacer?)	
<b>Fecha de análisis</b>	20 de Enero de 2013
<b>Nombre del Evaluador</b>	Diana María Tamayo Lopera
<b>Corporación</b>	1. Corte Constitucional <input type="checkbox"/> 2. Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> 3. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/>
<b>Tipo de Providencia</b>	Casación <input type="checkbox"/>
<b>Identificar la Providencia</b>	<i>Expediente. No. 29.979</i>
<b>Fecha de la Providencia</b>	27 de Octubre de 2008
<b>Magistrado Ponente</b>	Julio Enrique Socha Salamanca
<b>Demandante</b>	Helman Galeano Flórez (defensor)
<b>Demandado</b>	Fallo de segunda instancia proferido por el tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá
<b>Tema</b>	Recurso de Casación por Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, el 6 de febrero de 2007
<b>Hechos</b>	El día 27 de septiembre de 2005, en el barrio Fontibón, cuando Leonardo Loaiza Jaramillo y Jhon Fredy Melo Garzón hurtaron la suma de cinco millones de pesos al señor Didier Alexander Gaviria, para lo cual utilizaron armas de fuego, propinándole cinco heridas en miembros inferiores y una en la región precordial, cerca al corazón, lesiones que fueron catalogadas por medicina legal como mortales, que ameritaron una incapacidad de 20 días a la víctima, la cual fue atendida oportunamente o de lo contrario hubiera perdido la vida.
<b>Juez en primera instancia</b>	Juez 34 Penal del Circuito de Bogotá con funciones de conocimiento.
<b>Decisión</b>	Profirió sentencia condenatoria el 30 de noviembre de 2005 por el delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal y lesiones personales; en ese orden, sentenció a Leonardo Loaiza Jaramillo y Jhon Fredy Melo Garzón a la pena de 110 meses de prisión.-
<b>Motivación de la decisión</b>	En virtud de diligencia de preacuerdo celebrada el 28 de septiembre de 2005
<b>Juez en Segunda instancia</b>	Tribunal Superior de Bogotá
<b>Decisión</b>	El 31 de marzo de 2006 fue parcialmente anulada la decisión de primera instancia, en lo que respecta al delito de lesiones porque encontró ilegal el acuerdo que modificó (lesiones personales) la imputación inicial de homicidio agravado de tentativa.- Y dispuso ruptura procesal.-

<b>Motivación de la decisión</b>	Se encontró ilegal el acuerdo.-
<b>Decisión de la Corporación</b>	Ruptura procesal para que se investigue por el delito de homicidio.-
Motivación de la Decisión	Porque encontró ilegal el acuerdo que modificó ( por lesiones) la imputación inicial de homicidio agravado en grado de tentativa.-
<b>Salvamento de Voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input checked="" type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	No aplica
<b>Resumen del Salvamento</b>	No aplica
<b>Aclaraciones de voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input checked="" type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	No aplica
Resumen de las aclaraciones	No aplica
<b>OBSERVACIONES</b> (Calidad del dato, contradicciones, insuficiencia en la argumentación)	En la Sentencia se observa conceptos de preacuerdo realizado plasmando una inadecuada calificación jurídica.
<b>ANÁLISIS SOBRE EL TEMA</b>	<p><b>5.2.</b> De la situación fáctica y procesal referida en el numeral anterior, la Sala encuentra que la actuación del funcionario de conocimiento en la audiencia de control de legalidad del preacuerdo fue completamente irregular, pues, más allá del planteamiento de preguntas tendientes a aclarar los términos tanto de la imputación como del preacuerdo consignado en el escrito allegado por las partes, de una manera informal terminó dejando en claro a todos los que intervenían en la diligencia que no compartía la adecuación típica de la conducta en lo que se refiere a la no concurrencia del agravante previsto en el numeral 1 del artículo 365 del Código Penal, por cuanto dicha circunstancia había sido atribuida originalmente en la audiencia preliminar de formulación, y porque representaba un mayor peligro que los acusados se desplazasen armados en una motocicleta.</p> <p>Con tal proceder, el Juez Veinticinco Penal del Circuito no actuó en defensa de la garantía del debido proceso, pues para ello debió haber emitido el pronunciamiento de rechazo correspondiente, sino tan solo manifestó, a modo de diálogo informal con las partes, el interés público e institucional, que para ese estado de la actuación era propio de la Fiscalía, de que a los procesados se les imputara la agravante relativa al empleo de medios motorizados en el delito de <i>fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones</i>, o bien no se les reconociera la rebaja del cincuenta por ciento de la pena.</p> <p>De esta forma, el juez no sólo les anticipó indebidamente a los presentes que frente al control judicial que le era exigible su decisión sería la de no aprobar el preacuerdo por desconocimiento de lo contemplado en el inciso 2º del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, sino que</p>

	<p>además propició que se cambiaran los términos de la negociación para ajustarla a su particular criterio, de suerte que intervino como si se tratase de una parte en la efectiva realización del preacuerdo a la postre reconocido por el Tribunal.</p> <p>Es decir, el funcionario desconoció en este evento tanto la imparcialidad que debía regir en todas sus actuaciones como el mismo principio acusatorio inherente al sistema.</p> <p>Y, como si lo anterior fuese poco, los argumentos informalmente esgrimidos por el Juez Veinticinco Penal del Circuito durante la conversación que sostuvo con las partes ni siquiera eran suficientes para que, en el eventual pronunciamiento acerca de la legalidad del preacuerdo en un principio presentado, lo hubiera rechazado por vulneración de garantías fundamentales.</p> <p>En efecto, por un lado, el hecho de que en la audiencia preliminar de formulación la Fiscalía haya atribuido la causal de agravación en comento no implica necesariamente que la misma hubiera tenido que volver a figurar en la imputación jurídica consignada en el escrito de preacuerdo, pues, tal como se analizó en precedencia (<i>supra</i> 3.3), la Sala ha señalado que la congruencia que debe predicarse entre el acto de formulación de imputación y la acusación o su equivalente es tan solo en los aspectos fácticos inicialmente atribuidos, los cuales resultan intangibles, y no en lo que a la calificación jurídica de los mismos se refiere.</p> <p>Por otro lado, tampoco es posible sostener que al omitir de la imputación la circunstancia agravante del numeral 1 del artículo 365 del Código Penal se está incurriendo, frente a la situación fáctica achacada por el organismo acusador, en una vulneración del principio de estricta jurisdiccionalidad, ya que, al contrario de lo que sostuvo el juez de conocimiento, el simple hecho de que una persona armada se movilice en una moto de ninguna manera involucra una relación de causalidad entre el empleo del medio motorizado y una mayor o menor afectación al bien jurídico llamado a proteger, que es el de la seguridad pública.</p> <p>Si se hubiera pronunciado formalmente en ese sentido, el funcionario habría tenido la carga procesal de motivar en la respectiva decisión, desde un punto de vista objetivo-valorativo, por qué dentro de los límites del contexto fáctico imputado por la Fiscalía concurría la agravante en cuestión, e incluso hubiera tenido que desvirtuar de manera convincente los argumentos que al respecto presentaron tanto el Ministerio Público como el defensor de los procesados, en el sentido de que, en razón de los demás delitos perpetrados, ni siquiera podía predicarse una conexión teleológica entre el porte de armas y el empleo de la motocicleta, pues ésta fue usada para huir del lugar de los hechos después del fallido intento de robo y no para transportar el arma de fuego que incidentalmente uno de los procesados llevaba consigo.</p> <p>En consecuencia, no había razones de peso para rechazar, ni desde el punto de vista de la congruencia ni desde el punto de vista de la tipicidad, la imputación jurídica consignada por las partes en el escrito de preacuerdo, según el cual las únicas conductas punibles en las que incurrieron HELMAN GALEANO FLÓREZ y ÁNGELO ARANGO GARAVITO fueron las de <i>lesiones personales, hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones</i>, sin circunstancia de agravación alguna. Y, por consiguiente, tampoco era viable estimar que, frente a dicha calificación, se habría ignorado el contenido del inciso 2º del artículo 351 de la ley 906 de 2004,</p>
--	---

	<p>que prohíbe la concurrencia de una doble rebaja, si se les hubiera reconocido a los procesados la disminución del cincuenta por ciento de la pena por imponer.</p> <p><b>5.3.</b> En armonía con lo anterior, es innegable que los argumentos esgrimidos por el Fiscal Delegado en la audiencia de sustentación correspondiente no podrán ser compartidos por la Sala de acuerdo con las siguientes razones:</p> <p>En primer lugar, y por los motivos acabados de exponer, no es cierto que haya consonancia entre los hechos atribuidos por la Fiscalía y la imputación jurídica por la que a la postre el Tribunal condenó a los procesados, ni tampoco corresponde a la realidad del proceso que la actuación del juez obedeció al planteamiento, dentro de los términos del primer acuerdo, de una doble e improcedente rebaja punitiva.</p> <p>En segundo lugar, la opción adoptada por el Juez Veinticinco Penal del Circuito de no pronunciarse respecto de la legalidad del preacuerdo y suscitar informalmente una modificación del mismo no repercutió en beneficio de la administración de justicia, pues su eficacia tan solo puede predicarse cuando no vulnera principios y valores que son esenciales para el sistema de procedimiento penal, como el de la imparcialidad del funcionario judicial.</p> <p>En tercer lugar, el juez tampoco obró en pro del principio de economía procesal, ya que ello implica alcanzar el mayor beneficio mediante la utilización más escasa de recursos y, en el presente caso, la decisión objeto de casación fue proferida al costo de irrespetar el principio acusatorio y, por consiguiente, de afectar la garantía del debido proceso.</p> <p>En cuarto lugar, no se cumplieron los fines previstos en el artículo 348 de la ley 906 de 2004, pues con la actuación del funcionario judicial analizada en precedencia es obvio que no se humanizó el proceso, ni se obtuvo pronta y cumplida justicia, ni se propició la solución del conflicto social generada por el delito, e incluso la participación de los imputados en la negociación contó con la inusitada e indebida intervención del juez.</p> <p>En quinto lugar, no operó el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, pues lo que éste predica es que dentro de la labor interpretativa del funcionario judicial sea posible adaptar, restringir, hacer extensivos los efectos o incluso acondicionar el contenido material de los preceptos legales llamados a regular el caso, para de esta manera llegar a soluciones 'justas', es decir, a posturas que estén en armonía con los fines del Estado Social de Derecho, así como con el conjunto de principios y valores que integran el ordenamiento jurídico, aspecto que, por lo ya explicado, de ninguna manera se dio en el presente asunto.</p> <p>En sexto lugar, no se respetó el principio de proporcionalidad, toda vez que los procesados, tras haber negociado los cargos con el órgano acusador, adquirieron a cambio de la admisión de los mismos el derecho a que se les disminuyera la pena de manera significativa, y el Tribunal, al encontrar que la única rebaja a la postre negociada era la eliminación de la agravante, en últimas los condenó en perfecta consonancia con los hechos y cargos que realmente cometieron, sin que ello les reportara beneficio punitivo alguno.</p> <p>Por último, no se trata, como lo adujo el Fiscal Delegado, de que al mantener el primer acuerdo se estaría eliminando el control judicial que siempre debe llevar a cabo el funcionario de conocimiento, sino que dicho control no puede ejercerse de manera distinta a la de proferir en la audiencia de verificación de legalidad una decisión, ya sea de aprobar la</p>
--	---

	<p>negociación o de rechazarla por vulnerar las garantías fundamentales, en la medida en que, de lo contrario, cualquier otra intervención del juez tendiente a modificar informalmente los términos del preacuerdo implicaría una intromisión indebida en los asuntos que son del resorte exclusivo de las partes y, por lo tanto, una afectación trascendente al principio acusatorio.</p> <p><b>5.4.</b> Sería del caso, entonces, decretar la nulidad de lo actuado a partir del inicio de la audiencia de control de legalidad del preacuerdo, tal como lo solicitó el demandante, si no fuera porque la Sala encuentra que el funcionario de primera instancia, por alguna razón, profirió el respectivo fallo de conformidad con los términos del primer acuerdo, es decir, ignorando por completo las modificaciones en la negociación que él mismo, y de manera indebida, había suscitado.</p> <p>Según el recurrente, lo anterior habría obedecido al afán del juez por corregir los actos imperitos de las partes durante el transcurso de la audiencia de control. Para la Sala, por el contrario, ello no está muy claro, pues, aparte de que en dicha providencia jamás se mencionó lo acontecido en la diligencia en comento, se sostuvo equivocadamente que en la audiencia de formulación de imputación les fue atribuido a los procesados, entre otros, el delito de <i>fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones</i>, sin circunstancia de agravación alguna, y, por lo tanto, no sería absurdo colegir que la dosificación que hizo la primera instancia con base en la primera negociación fue debido a error, desconocimiento o pretermisión, y no para subsanar las desafortunadas intervenciones que tanto el funcionario como las partes efectuaron en audiencia, en detrimento del debido proceso y de los derechos fundamentales de HELMAN GALEANO FLÓREZ y ÁNGELO ARANGO GARAVITO.</p> <p>Lo importante, en todo caso, es que el fallo del a quo no sólo respetó los límites y alcances del primer acuerdo (que nunca tuvo por qué haber sido alterado), sino que además fue proferido de manera correcta desde el punto de vista de la dosificación punitiva de las conductas punibles imputadas en el escrito correspondiente.</p> <p>Lo que hizo el Tribunal, en cambio, fue ajustar a los términos del segundo acuerdo la pena principal en contra de los procesados, por lo que incrementó la pena de treinta y ocho meses proferida por el a quo en otros treinta y ocho meses, para un total de setenta y seis meses de prisión, sin tener en cuenta que con ello convalidaba la irregular actuación del juez de conocimiento en la audiencia de control y desconocía además que, en atención del principio de estricta jurisdiccionalidad, la correcta adecuación típica era la que aparecía en la calificación jurídica obrante en el escrito de preacuerdo y no la consignada en la audiencia de formulación de la imputación.</p> <p>Lo pertinente, entonces, será casar el fallo de segunda instancia y, en virtud del principio de la solución menos traumática, confirmar el fallo dictado por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá, con la aclaración de que la pena privativa de otro derecho tendrá un término correspondiente a un año, que es el mínimo que puede imponerse para el delito de <i>fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones</i> cometido por los procesados, según lo establece el inciso 6º del artículo 51 de la ley 599 de 2000, en lugar del término de treinta y ocho meses que equivocadamente le impuso el a quo, ya que la restricción se aplica respecto del delito jurídicamente relevante y no de todo el concurso de conductas punibles.</p>
--	---

**ANEXO No. 2**  
**FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS**  
**No. 005**  
**TEMA: INADECUADA CALIFICACIÓN JURÍDICA**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA PENAL**

<b>GENERALIDADES</b>	
<b>Introducción</b> (qué se va a hacer?)	PRESUPUESTOS PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN UN PREACUERDO DESDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE INTEGRA DEL DEBIDO PROCESO
<b>Fecha de análisis</b>	26/05/2015
<b>Nombre del Evaluador</b>	Diana María Tamayo Lopera
<b>Corporación</b>	1. Corte Constitucional <input type="checkbox"/> 2. Corte Suprema de Justicia <input type="checkbox"/> 3. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> 4. Otra, cuál? <input type="checkbox"/>
<b>Tipo de Providencia</b>	Recurso de casación
<b>Identificar la Providencia</b>	Proceso n.º 34787
<b>Fecha de la Providencia</b>	quince (15) de septiembre de dos mil diez (2010)
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>ALFREDO GÓMEZ QUINTERO</b>
<b>Demandante</b>	la apoderada del señor José María De Vivero Vergara
<b>Demandado</b>	Contra el auto del 4 de agosto de 2010 que aprobó el preacuerdo celebrado entre el fiscal y la defensa, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en el juicio radicado número 11001 60 00 717 2010 00020 00 que se adelanta contra la doctora <b>MÓNICA PATRICIA GONZÁLEZ PÉREZ</b> acusada por el delito de prevaricato por acción.
<b>Tema</b>	Se realizó un preacuerdo por el delito de PREVARICATO POR ACCIÓN, pero la víctima dice que no se incluyeron otros delitos
<b>Juez en primera instancia</b>	Fiscal 46 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, De conformidad con los parámetros del artículo 131 del C. de P.P., la audiencia de verificación del preacuerdo se realizó el 4 de agosto de 2010, y en ella el juez del conocimiento de primera instancia (Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca) encontró que ante la aceptación de responsabilidad, la pena acordada... <i>“hace efectivo el valor justicia en cuanto a la verdad, dada la terminación prematura del proceso, que supera la concreción de un juicio oral y público, se revela en un nivel razonable, conforme a los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que son de conocimiento de las partes e intervinientes.... Se consignan los hechos jurídicamente relevantes y la procesada expresa su arrepentimiento...”</i> .

<b>Decisión</b>	El juez del conocimiento verificó que el preacuerdo fue libre, consciente, voluntario, debidamente asesorado por la defensa, que se celebró con conocimiento debidamente informado, que no hubo vicio de consentimiento alguno, y por ello le <u>impartió aprobación</u> al no advertir afectación de <u>garantías fundamentales</u> (folios 76 – 80 / 1).
<b>Motivación de la decisión</b>	Por considerar que la apelación cumplió con la carga argumentativa suficiente, el Tribunal concedió la apelación en efecto suspensivo ante la Sala Penal de la Corte Suprema, como Juez de segunda instancia.
<b>Juez en Segunda instancia</b>	Sala Penal de la Corte Suprema
<b>Decisión</b>	<p style="text-align: center;"><b>RESUELVE:</b></p> <p>1) <b>CONFIRMAR</b> la decisión que aprobó el preacuerdo celebrado el 9 de julio de 2010 entre el Fiscal 46 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la acusada <b>MÓNICA PATRICIA GONZÁLEZ PÉREZ</b>, procesada por el delito de prevaricato por acción (folios 76 – 80 / 1).</p> <p>2) Contra este auto no procede recurso alguno.</p>
	<p style="text-align: center;"><b>CONSIDERACIONES</b></p> <p>Es competente la Sala de Casación Penal de la Corte para resolver la apelación contra el auto del 4 de agosto de 2010 que aprobó el preacuerdo celebrado entre el fiscal y la defensa, de conformidad con los artículos 176 y 178 (modificado por el artículo 90 de la ley 1395 de 2010) de la ley 906 de 2004.</p> <p>En el proceso en curso se le dio la oportunidad a la apoderada representante del señor De Vivero, de intervenir en el proceso penal en su condición de representante legal de quien se alega perjudicado con la conducta de la funcionaria, y con legitimidad para impugnar desde ese punto de vista.</p> <p>1. El preacuerdo que pone fin a la investigación penal se contrae a la imputación por el delito de prevaricato por acción previsto en el Título XV, Capítulo Séptimo, artículo 413 del C.P., y es claro que en este tipo de conducta el sujeto pasivo (la víctima) es la Administración Pública, porque se trata de un tipo penal de orden funcional, en el que el núcleo de la acción es proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.</p> <p>Tal comportamiento se estudia <i>en sí</i>, es decir, sin relación a terceras personas (perjudicados). El análisis de la conducta, del juicio de reproche y de la culpabilidad se circunscribe a apreciar si con la atribuida al funcionario se afectó tanto la <i>credibilidad</i> como la <i>integridad</i> de la administración pública y el <i>funcionamiento</i> del sistema jurídico - administrativo.</p> <p>Y si del acto manifiestamente contrario a la ley resultare <i>–por derivación–</i> afectado un particular (en este caso el señor De Vivero), habrá que entender que él es un perjudicado por una conducta que se derivó de la acción prevaricadora que pudo afectar otro bien jurídico, más no víctima del prevaricato en su más preciso sentido jurídico.</p>

<p><b>Motivación de la decisión</b></p>	<p>Esa fue la razón por la cual se libraron oficios comunicatorios tanto a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, como a la Doctora Martha Lucía Fajardo Romero (apoderada del señor De Vivero) con la finalidad de que, tanto la víctima como el perjudicado concurrieran a la audiencia de formulación de la acusación (cfr. nota 5).</p> <p><b>2.</b> Debe insistir la Sala en que el ideal del proceso penal se contrae a que, tanto la investigación como la imputación se ciñan a “HECHOS COMPLETOS”, esto es, a aquellos que “revistan características de un delito”, es decir, a los hechos jurídicamente relevantes (artículos 114 – 1, 200 inc. 1, 288 – 2 del C. de P.P.)<sup>1</sup>, en suma, la imputación debe ser tanto <b>fáctica</b>, como <b>jurídica</b>, siendo el contenido de imputación asunto de interés no sólo de la fiscalía que es el órgano constitucionalmente encargado de la función de acusar, sino de todas las partes e intervinientes involucradas en el proceso penal: el Ministerio Público, la defensa, las víctimas, los perjudicados, los terceros, en tanto que el núcleo del proceso penal (que es la determinación de responsabilidad relativa a la imputación) les concierne <i>–en lealtad y por igual–</i> a todos los actores del proceso.</p> <p><b>3.</b> La apelante (representante legal del perjudicado, reconocido como tal) alegó que contra la funcionaria acusada... <i>“sólo se habla del delito de prevaricato, pero se deja de lado el de privación ilegal de la libertad y hasta una tentativa de concusión, y más adelante hasta de un concierto para delinquir...”</i> (fl. 77 / 1; ib. nota 8), comportamientos que quizá se derivaron de la conducta prevaricadora objeto del preacuerdo cuya aprobación cuestiona.</p> <p>Y si ello es así, lo perceptible es que la procesada pudo haber incurrido en un concurso heterogéneo de conductas punibles (jurídico penalmente relevantes), una de ellas contra la administración pública (que fue objeto de preacuerdo), y otras contra diferentes bienes jurídicos.</p> <p>Si alega la representante del perjudicado (sr. De Vivero) que se omitió investigar y acusar a la procesada por el delito heterogéneo, concurrente de privación ilegal de la libertad derivado de la acción prevaricadora (artículo 174 del C.P.), lo predicable naturalmente es que la conducta contra el bien jurídico de la libertad individual <u>no ha sido objeto de investigación penal</u> como lo dijo –con total claridad– el Juez colectivo del conocimiento:</p> <p style="text-align: center;"><i>“En cuanto a que se dejó de investigar el delito de privación ilegal de la libertad (o cualquier otro delito) que se derivó de la acción prevaricadora, no constituye factor que propicie la no aprobación o invalidación del preacuerdo, por cuando dicho delito no fue imputado, como tampoco se incluyó en el escrito de</i></p>
---	--

<sup>1</sup>... los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350, incisos 1° y 2°, de la Ley 906 de 2004, y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351, inciso 2°, de la citada Ley). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, sentencia del 08 de julio de 2009, rad. núm. 31063.

	<p><i>acusación, siendo posible que la fiscalía lo investigue por separado” (fl. 78, segundo párrafo).</i></p> <p><b>4.</b> En el proceso penal es incuestionable que dentro de las estrategias defensivas está la de fructificar, capitalizar los errores en los que pueda incurrir la contraparte (la fiscalía) cuando falla en la adecuación típica, y esas falencias eventualmente pueden favorecer al procesado; no obstante, tales posibilidades se ven limitadas cuando existan hechos (jurídicamente relevantes) que no fueron objeto de la investigación; el preacuerdo no es, ni puede ser fuente de impunidad<sup>2</sup>.</p> <p>Cuando esto sucede (vale decir, quedan delitos por fuera de la acusación), lo perceptible es el rompimiento de la unidad procesal para que en un proceso diverso se instruya(n) y se juzgue(n) la(s) conductas que no fueron materia de averiguación (art 53 – 4, del C. de P.P.)<sup>3</sup>, y en aquel proceso se harán parte las víctimas de tales comportamientos y alegarán las relaciones efectivas a que tienen derecho (artículos 102 - 108 del C. de P.P).</p> <p><b>5.</b> Dígase, finalmente, que son viables las aceptaciones parciales de la responsabilidad penal (artículo 353 del C. de P.P.), evento en el que los beneficios correlativos se extienden exclusivamente a las conductas objeto de preacuerdo, allanamiento, etc.</p> <p>No encuentra la Sala razón alguna que justifique anular el proceso cuando la alegación de la representante de la víctima en esta actuación en nada compromete la definición de la responsabilidad al momento de proferir la sentencia de mérito por la conducta punible objeto del preacuerdo.</p> <p>Si los mecanismos de procedimiento abreviado y justicia premial (allanamientos, preacuerdos, negociaciones con la fiscalía) en los casos de aceptación total o parcial de responsabilidad no se ven afectados, sigue siendo garantía optativa de la defensa (material y técnica) la de aceptar la responsabilidad penal en aras de obtener beneficios</p>
--	---

<sup>2</sup>“3. En materia de preacuerdos y negociaciones la jurisprudencia de la Sala viene enseñando que no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible, sino a los hechos imputados y sus consecuencias, acuerdos que obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

4. Los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado -también ha precisado la Corte- deben regirse por los principios de lealtad y buena fe, por lo que todo aquello que constituya su objeto que no viole garantías fundamentales o se encuentre el margen de la ley ha de ser incorporado de manera integral al acta correspondiente, lo más completa, clara y precisa posible, 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. De ahí que la propuesta fiscal deba ser seria, concreta, inteligible y con vocación de aceptación como diáfananamente lo prevé el art. 369 en el caso de manifestaciones de culpabilidad preacordada(2)”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, auto del 03 de octubre de 2007, rad. núm. 28381; ib. sentencia del 1º de junio de 2006, rad. núm. 24764.

<sup>3</sup>“El principio de unidad procesal, investigación y juzgamiento de delitos conexos es la regla general pero admite excepciones... la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

	penológicos, porque la aceptación –total o parcial- de la responsabilidad es una estrategia defensiva válida que incumbe al ámbito de la autonomía de parte... <i>“definir su propia conducta procesal”</i> ..
<b>Decisión de la Corporación</b>	
<b>Motivación de la Decisión</b>	
<b>Salvamento de Voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	
<b>Résumen del Salvamento</b>	
<b>Aclaraciones de voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	
<b>Resumen de las aclaraciones</b>	
<b>OBSERVACIONES</b> (Calidad del dato, contradicciones, insuficiencia en la argumentación)	En la Sentencia se observa conceptos de preacuerdo y la adecuada calificación jurídica
<b>ANÁLISIS SOBRE EL TEMA</b>	tanto la investigación como la imputación se ciñan a “HECHOS COMPLETOS”, esto es, a aquellos que “revistan características de un delito”, es decir, a los hechos jurídicamente relevantes (artículos 114 – 1, 200 inc. 1, 288 – 2 del C. de P.P.), en suma, la imputación debe ser tanto <b>fáctica</b> , como <b>jurídica</b> , siendo el contenido de imputación asunto de interés no sólo de la fiscalía que es el órgano constitucionalmente encargado de la función de acusar, sino de todas las partes e intervinientes involucradas en el proceso penal y esto es lo que debe estar en el preacuerdo.-

**ANEXO No. 2**  
**FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS**  
**No. 006**  
**TEMA: PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

<b>GENERALIDADES</b>	
<b>Introducción</b> (qué se va a hacer?)	
<b>Fecha de análisis</b>	26 DE MAYO DE 2014
<b>Nombre del Evaluador</b>	DIANA MARÍA TAMAYO LOPERA
<b>Corporación</b>	4. Corte Constitucional <input type="checkbox"/> 5. Corte Suprema de Justicia <input type="checkbox"/> 6. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/>
<b>Tipo de Providencia</b>	CASACIÓN PENAL SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS
<b>Identificar la Providencia</b>	<b>STP6342-2014 Radicación nº 73555</b>
<b>Fecha de la Providencia</b>	veinte (20) de mayo de dos mil catorce
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER</b>
<b>Demandante</b>	Fiscal 18 Seccional Grupo de Vida de la ciudad de Pereira
<b>Demandado</b>	la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira
<b>Tema</b>	<i>con el fin de «obtener protección al debido proceso, dado el desconocimiento por parte de la autoridad judicial en cita del precedente que en materia de preacuerdos y negociaciones ha fijado nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia»</i>
<b>Juez en primera instancia</b>	Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, al Juez Primero Penal del Circuito de la misma ciudad
<b>Decisión</b>	<p>En audiencia preparatoria la Fiscalía, el procesado y su defensor presentaron preacuerdo, mediante el cual xxx aceptó los cargos que le fueran imputados y por los que se le acusó, a saber, acto sexual con menor de catorce años en concurso, a cambio de que se le redujera la pena a imponer en una tercera parte, atendiendo el momento procesal en que ocurrió dicha actuación, dosificación punitiva que partió del mínimo establecido en el tipo penal, aumentado en dos meses la prisión por la concurrencia de otras ilicitudes de la misma naturaleza, quedando entonces a imponer una pena de 34 meses; además de pactarse la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por cumplirse el requisito objetivo del artículo 63 del C.P.</p> <p>El 7 de febrero de 2014, el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Control de Garantías de Pereira, impartió aprobación al preacuerdo al considerarlo ajustado a derecho, tener la Fiscalía como titular de la acción penal tales facultades, haber ocurrido la conducta punible antes de la vigencia de la Ley de Infancia y Adolescencia y estar acorde con la sentencia C-209-07 en cuanto a que en las terminaciones anticipada de los procesos penales se está obligado a escuchar a las víctimas pero no al concepto de ellas en la toma de sus decisiones, además de disentir del criterio planteado por dicho interviniente al considerar que el citado preacuerdo no menoscababa los derechos de éstas.</p>

<b>Decisión</b>	Dicha decisión fue objeto del recurso de apelación por parte de la representante de las víctimas, fundamentada en que el preacuerdo aceptado iba en contravía de los derechos de las víctimas a la verdad y justicia, por lo que solicitó la aplicación retroactiva de las prohibiciones que trajo la Ley de Infancia y Adolescencia; además el aumento de pena por el concurso de la conducta punible no satisfacía las expectativas de las víctimas para cumplir el cometido de la justicia, indicando que con ello se rompió la proporción entre el delito y la sanción.
<b>Motivación de la decisión</b>	
<b>Juez en Segunda instancia</b>	la Sala de Decisión Penal de Tribunal Superior de Pereira
<b>Decisión</b>	<p>El 4 de abril de 2014, la Sala de Decisión Penal de Tribunal Superior de Pereira, al resolver el recurso de apelación, concedió la razón a la representante de las víctimas, por considerar que el preacuerdo rompió el principio de proporcionalidad en el momento de dosificar la pena, cuando se incrementó en dos meses por el concurso, se dijo al respecto en dicha providencia:</p> <p><i>«Pero denota la sala que de manera desafortunada la correcta aplicación normativa que dieron pautas para llegar a una sanción se vio opacada con el incremento realizado para la modalidad concursal- que aún cuando se encuentra dentro de los derroteros de artículo 31 de la Ley sustancial penal 599 de 2000- el incremento de dos meses por el delito concursal se encuentra con un desacierto argumentativo que genera un desmedro en su tasación, ya que la fiscalía debe tener en cuenta la no afectación del principio de proporcionalidad, el que no fue motivo de protección por parte del ente acusador al momento de la tasación consensuada...»</i></p> <p>Como consecuencia de lo anterior el Tribunal resolvió revocar la decisión proferida el 7 de febrero de 2014 por el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, mediante el cual se avaló el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y xxx, disponiendo su improbación.</p> <p>La accionante acude a este mecanismo excepcional, señalando que la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, se aparta de la filosofía que orienta el sistema penal con tendencia acusatoria establecido en la Ley 906 de 2004, al invadir el rol de la Fiscalía, desconociendo que el preacuerdo es un acto de partes, abandonando con ello la imparcialidad que le es propia, configurando entonces, un defecto sustantivo; además, indica, se alejó de los precedentes señalados por la Corte Suprema de Justicia –Sala Penal- en materia de preacuerdos.</p> <p>la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,</p>

	<p style="text-align: center;"><b>RESUELVE</b></p> <p>1. <b>Tutelar</b> el derecho al debido proceso a la Fiscalía 18 Seccional de vida de Pereira y del procesado xxx, declarándose la nulidad del auto de 4 de abril de 2014, proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira en el proceso adelantado contra aquél por actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y se ordena que en el término de 48 horas siguientes al momento en que le sea puesta a disposición la carpeta correspondiente rehaga la actuación, decidiendo el recurso interpuesto por la víctima sin tener como motivo de improbación del preacuerdo el incremento de pena por el concurso, con base en los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.</p>
	<p style="text-align: center;"><b>CONSIDERACIONES DE LA SALA, EN CUANTO,</b></p> <p style="text-align: center;"><b>1. Problema jurídico.</b></p> <p style="text-align: center;"><b>2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.</b></p> <p style="text-align: center;"><b>3. Control material del juez a los actos del fiscal en la Ley 906 de 2004.</b></p> <p>Pareciera que el demandante en esta acción de tutela entiende que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es del criterio que el juez no puede hacer control al Fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, juicio que de manera equivocada se está divulgando entre los operadores judiciales, razón por la cual se aborda dicho tema para hacer las precisiones que el asunto reclama.</p> <p>Por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos abreviados u ordinarios, ni a las consecuencias que de ello se derivan, pero, excepcionalmente deben hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.</p> <p>Las facultades del juez para hacer el control material a que se viene haciendo referencia se sustenta en las siguientes razones:</p> <p>En el sistema acusatorio las garantías fundamentales de las partes o intervinientes no pueden ser vulneradas en los procesos abreviados u ordinarios de la Ley 906 de 2004. El ordenamiento jurídico en esa materia le impuso al juez el deber de hacer control material para salvaguardarlas.</p>

<p><b>Motivación de la decisión</b></p>	<p>Y ello es así mientras la Carta Política establezca que el Estado Colombiano es de derecho (artículo 1°), que la Constitución es norma de normas (artículo 4°), que debe prodigarse en los procesos judiciales igualdad de trato jurídico (artículo 13), que el juzgamiento tiene que adelantarse en forma debida y con respeto por las garantías establecidas para las partes e intervinientes (artículo 29), o se le haya asignado a los jueces y magistrados el sagrado deber de administrar justicia (artículo 103, modificado por el 1° del Acto legislativo 03 de 2002), misión en la que ha de hacerse prevalecer el derecho sustancial (artículo 228).</p> <p>La potestad de hacer control constitucional que se le reconoce con criterio pacífico al juez implica control material, porque para que en los procesos penales se realice la justicia como valor, garantía y derecho fundamental, además de los principios referidos en el párrafo anterior, la Ley 906 de 2004 y las normas que la han modificado, consagran que los jueces deben orientar sus decisiones por el <i>“imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”</i> (artículo 5°); han de obrar con sujeción a la legalidad (artículo 6°); el respecto por los derechos fundamentales <i>“de las personas que intervienen”</i>, la eficacia de la justicia; la prevalencia del derecho sustancial; la no autorización de acuerdos o estipulaciones que impliquen <i>“renuncia de los derechos constitucionales”</i>; la facultad de corrección de los jueces de garantías y de conocimiento debe circunscribirse a los <i>“derechos y garantías de los intervinientes”</i> (artículo 10° y 136); que las víctimas conozcan la verdad, se les administre justicia en el problema jurídico en el que están inmersos y se respete el derecho a la reparación, además <i>“que se consideren sus intereses al adoptar una decisión”</i> (artículo 11); de otra parte la aceptación de cargos y las negociaciones deben <i>“aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”</i> (artículo 348), de tal manera que <i>“obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”</i> (artículo 351 inciso 4°), previsión esta que está estrechamente ligada con el principio general que la Fiscalía debe adecuar <i>“su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley”</i> (artículo 115) y como deber específico debe <i>“Proceder con objetividad”</i> (artículo 142).</p> <p>Importante resulta subrayar, para la comprensión del criterio que se sustenta, que la Ley 906 de 2004 no excluyó de los procesos penales ordinarios y abreviados los controles del juez sobre el error en el nomen iuris, la congruencia, en la preclusión por atipicidad que sea de carácter absoluto y no relativa y velar en todo momento por las garantías fundamentales de partes e intervinientes.</p> <p>Los principios y las reglas a que se viene haciendo referencia parten del supuesto que el fiscal es el titular de la acción penal, pero también aquellas le otorgan al juez el deber de administrar justicia en el caso concreto, al primero se le faculta para promover la investigación comunicando los supuestos de hecho con trascendencia en el ámbito penal conforme a la ley penal aplicable y de ahí en adelante la relación jurídica que surge luego de su comunicación</p>
---	--

genera derechos, obligaciones y deberes procesales y sustanciales para el fiscal y las demás partes e intervinientes y el juez debe velar porque ello sea así, para el servicio de la justicia material en el expediente al cual se ha integrado como patrimonio lo que se ha judicializado, momento procesal a partir del cual los derechos exclusivos son una situación excepcionalísima y no la regla ni el principio.

Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, así como las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello, por tanto comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre ésta última **excepcionalmente** el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen iuris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus garantías a partes o intervinientes, verbigracia se expresan pretensiones por estafa cuando indiscutiblemente se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, o arbitrariamente se desconoce una circunstancia de agravación, etcra.

El preacuerdo o el allanamiento es ineficaz, no es oponible jurídicamente, cuando no satisface los presupuestos a los que se viene haciendo referencia, su quebrantamiento conlleva no solamente un consentimiento viciado sino también el desconocimiento de otros derechos fundamentales.

La condición del Fiscal de ser el titular de la acción penal cierra toda posibilidad para que el juez pueda desconocer la comunicación **fáctica** que hace en la audiencia de formulación de imputación, pero **las actuaciones posteriores a esa situación no se rigen por la misma regla limitante**, opera el control jurisdiccional material en pro de las garantías de todos los sujetos vinculados a la relación procesal.

En el sistema acusatorio el control material del juez a la actuación de la fiscalía es un deber constitucional, específicamente en lo que atañe a la estricta tipicidad, así fue impuesto por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad de obligatorio acatamiento a decir del artículo 243 de la Ley 270 de 1996. Ese ya no es un asunto polémico, complejo y discutible, su alcance ya está definido a través de sentencias de exequibilidad que no pueden ser desatendidas, pues en tales decisiones no se advierte un defecto orgánico. A estos fallos nos referiremos seguidamente.

**Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005.** En esta decisión de constitucionalidad, con argumento propio de una *ratio decidendi*, la Corte Constitucional señaló que la facultad de la Fiscalía de tipificar la conducta para los allanamientos o preacuerdos no le permite desconocer garantías constitucionales como las de legalidad y estricta tipicidad que correspondan a la conducta óptica con base en

la cual se adelanta la investigación penal.

La labor del Fiscal es “*verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador*”, de ahí que en la sentencia C- 1260 de 2005 se declaró exequible el numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido que el **Fiscal** a los hechos solamente les puede dar la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. Así se pronunció la Corte en la parte resolutive:

*Quinto. Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos formulados, la expresión “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, contenida en el numeral 2 del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, **a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. (Subraya y negrilla fuera del texto)***

Para que la labor de la Fiscalía en los allanamientos y preacuerdos se someta a la política criminal y con ellos se logre el fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento, precisó la Corte Constitucional en la citada sentencia:

*Es claro, entonces, que..., la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.*

*En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código Penal.*

*La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una*

*relacionada de pena menor.*

*En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.*

El precedente jurisprudencial constitucional en mención es la primera fuente para señalar que excepcionalmente el juez debe ejercer control material para preservar las garantías de las partes e intervinientes en los procesos penales (ordinarios o abreviados). Se trata de preservar la estricta tipicidad o legalidad respecto de los hechos comunicados, estos sí de iniciativa exclusiva de la Fiscalía, la que debe obrar como lo dispuso la sentencia C-1260 de 2005, esto es, con base en la conducta óptica hacer la adecuación típica conforme a la calificación jurídica que le corresponda.

Tenía razón la Sala Mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia cuando en la decisión proferida en el radicado 39.886 señaló que “resulta discriminatorio tolerar la posibilidad de que el juez anule las acusaciones contenidas en las actas que recogen las imputaciones aceptadas y que por tanto equivalen al escrito de acusación”. La solución tiene que ser la admisión excepcional del control material en ambos procedimientos, pues al pronunciarse la Corte Constitucional en la sentencia **C- 1260/2005** en los términos señalados para los procesos abreviados no queda otra posibilidad que sobre la misma situación de hecho que puede presentarse en los ordinarios, ha de generarse la misma solución para mantener el equilibrio constitucional de trato jurídico igual. Eso sí el control en los procesos ordinarios solamente puede ejercitarse por el Juez, el Tribunal o la Corte al momento de proferirse sentencia.

**Sentencia C-059 de 2010.** Sobre el control del juez a los cargos formulados por el Fiscal, señaló la Corte Constitucional en esta providencia:

*Así las cosas, la Corte Constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos lo siguiente (i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) **el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible;** (iii) **a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente;** (...); (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) **en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima;** y (viii) en determinados casos, **el legislador puede restringir o***

***incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos (negrilla fuera de texto).***

*De la sentencia C-059 de 2010 se debe rescatar el deber que le asignó al juez de controlar en el proceso penal la labor de la fiscalía para que le dé a los hechos la calificación jurídica que les corresponde y de velar porque no se quebranten garantías fundamentales no solamente al imputado sino también a la víctima.*

La misma Corporación en sentencia C-516/07 sobre el tema en examen adujo:

*El control sobre los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado o imputado es judicial, **debe ser ejercido por el juez de conocimiento**, quien verificará si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales. **Sólo recibirán aprobación y serán vinculantes para el juez de conocimiento cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación** (Arts. 350 inciso 1° y 351 inciso 4° y 5°) (negrilla y subraya fuera de texto).*

*El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el **respeto por los derechos fundamentales** de quienes **intervienen en la actuación** y la necesidad de lograr la **eficacia del ejercicio de la justicia** (Art. 10); el imperativo de **hacer efectiva la igualdad de los intervinientes** en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 4°); así como el imperativo de **establecer con objetividad la verdad y la justicia** (Art. 5°). De particular relevancia para determinar el alcance de este control es el inciso 4° del artículo 10, sobre los principios que rigen la actuación procesal: “El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, **sin que implique renuncia a los derechos constitucionales**” (negrilla fuera de texto).*

El Juez o el Tribunal al realizar el control a los preacuerdos o allanamientos no solamente debe velar por los derechos del procesado, debe considerar los de “**todos los involucrados en la actuación**” según la sentencia C-516 de 2007, derechos y garantías de los que no solamente son titulares el procesado sino también las víctimas, como lo puntualizó la Corte Constitucional en el fallo C-805 de 2002.

No puede pasar inadvertida la regla jurisprudencial de obligatorio acatamiento que se establece en la sentencia C-516 de 2007 en cuando a que “**sólo recibirán aprobación y serán vinculantes**” los preacuerdos que no desconozcan los derechos de

	<p>todas las partes e intervinientes.</p> <p>Pero, también, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite del recurso de casación, había ajustado su criterio a la doctrina que se viene exponiendo en párrafos anteriores, autorizaba al juez ejercer control material por excepción y con prudente juicio en el caso concreto</p> <p>Acerca de las facultades de la Fiscalía en los allanamientos o preacuerdos y el deber de hacer una imputación fáctica y jurídica circunstanciada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló<sup>4</sup>:</p> <p><i>En suma, la Corte Constitucional declaró exequible la facultad del fiscal para IMPUTAR la(s) conducta(s) en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, <b>siempre y cuando</b> se adelante esa labor de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, pues en últimas “...a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente” (se destaca).</i></p> <p><i>1.6.8. Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en <b>no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica</b>: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.</i></p> <p>(...).</p> <p><i>Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.</i></p> <p><i>Todo ello dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.</i></p> <p><i>El parámetro de la negociación de los términos de la imputación <b>no es la impunidad</b>; el referente del fiscal y de la defensa <b>es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la administración de justicia.</b></i></p>
--	--

<sup>4</sup> C.S. de J., Sent. de Cas, Rdp. 27.759, acta 170 del 12 de sep de 2007, Mg. Pon. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

(...).

*La teleología de los preacuerdos y de la aceptación pura de cargos radica en que deben tramitarse con total apego a la legalidad, porque de otra manera no pueden ser aprobados por el juez.*

Esta misma corporación en providencia de 8 de julio de 2009 y con ponencia del doctor Julio Enrique Socha Salamanca, expresó:

*Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.*

*Aparejado a ello, si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, **no se cuentan con suficientes elementos probatorios**, pues precisamente **la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva**, es claro que tal **admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud** (negrilla fuera de texto).*

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 6 de febrero de 2013 con ponencia del magistrado JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO (Rdo. 39.892) subrayó como regla general que la acusación del Fiscal en los procesos de Ley 906 de 2004 no puede ser cuestionada, pero admitió excepciones, al señalar:

*En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.*

*2. Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).*

(...)

*No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que esta estructura un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa trasgresión de derechos*

y garantías superiores (sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28.872 y 31.280, en su orden).

(...)

*3. La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trate de violación a derechos fundamentales.*

*Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.*

*La trasgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor.*

La Sala de Tutelas considera que el control constitucional es un deber que debe cumplir el operador judicial en primera y segunda instancia, o en el trámite del recurso de casación, no es una potestad discrecional, siempre se debe hacer prevalecer la Carta Política, los derechos y garantías constitucionales, con este criterio lo que se busca es hacer prevalecer la justicia como valor constitucional (cfr. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de febrero de 2013, Rdo.33254, Mg. Pon. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ).

Los controles legales y constitucionales que ejerce el juez de conocimiento no son una expresión de parcialidad del operador judicial, es simplemente el cumplimiento de la misión de garantizar la realización de las garantías fundamentales para las partes e intervinientes en el proceso penal, entre ellas, la más primordial de todas, la recta impartición de justicia en el asunto sometido a decisión, tarea en la que está obligado el funcionario a resolver conforme a los hechos demostrados aplicando las disposiciones llamadas a reglar el caso. Esta obligación es de rango constitucional y en ningún caso ni por ningún motivo puede dejar de resolver el operador judicial conforme con los hechos, las pruebas y el derecho que emérita el asunto sub judice.

Ejemplos de lo expresado en el párrafo anterior son los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal en los que se ha ejercido control material por el juez, el Tribunal o a veces por la Corte, haciéndose readecuaciones típicas por demostrarse que la ilicitud cometida es otra, i) el evento resuelto por esta Corporación en el

radicado 41778 de 5 de marzo de 2014, en el que el Tribunal condenó por tentativa de acceso carnal violento y casó el fallo para sentenciar por acto sexual abusivo, reato éste último demostrado en la actuación y por el que no pidió condena el Fiscal, ii) pacífico es igualmente el criterio de la misma Sala en cuanto a la fiscalización que el juez debe hacer a la imputación jurídica que hace el fiscal en las alegaciones para aprobar solamente las que no agravan la situación jurídica del procesado, iii) o también cuando se ha reconocido que la facultad de acusación del Fiscal no es omnímoda, pues la Sala de Casación Penal en el radicado 39.892 (06-02-2013), ha admitido que el Agente del Ministerio Público excepcionalmente tiene la potestad de oponerse a las formas de justicia consensuada cuando “desconozcan derechos fundamentales”, al contrariar el orden jurídico interno, internacional humanitario, o constituyan infracciones graves a los derechos humanos conforme al Bloque de Constitucionalidad, la Carta Política y la Ley.

Al generalizarse que el juez no puede hacer control a la imputación jurídica que haga el fiscal, se tendría que admitir entonces que las demás partes o intervinientes carecen de interés jurídico para impugnar o interponer los recursos ordinarios o el extraordinario de casación y cuyo objeto sea corregir errores en el nomen iuris, por más aberrantes que sean las actuaciones del fiscal en esa materia, situación que además de injusta y generar impunidad desconoce los principios que estructuran la Carta Política y la Ley 906 de 2004.

La justicia que debe administrar el juez es la material, no la formal, está última no satisface ese fin esencial del Estado ni el interés general de la sociedad y menos el individual en el caso concreto de las partes e intervinientes. Esta es la razón por la que se justifica que se deba ejercer control material en casos como los que se citan a continuación y que han sido de ocurrencia en el medio judicial, a quienes además de errar en la estricta tipicidad en la imputación o el preacuerdo se les ha otorgado la rebaja de hasta un 50% de la pena por haberse acogido a una forma de terminación anticipada del proceso: i) Se preacuerde responsabilidad por complicidad para una persona que ha sido coautora de un acceso carnal violento, ii) Se pida condena por concierto para delinquir a quien debe responder por rebelión, iii) Se juzgue y sancione a petición de la fiscalía por estafa a una persona que ha sido autor material de peculado por apropiación, iv) Se pacte entre el procesado y la defensa condena por varios delitos y se otorgue un sustituto penal expresamente prohibido por la ley en el aspecto objetivo, entre otros.

El deber del Fiscal de hacer una calificación jurídica de los hechos conforme a la ley penal preexistente y aplicable, de tal forma que obedezca a la estricta tipicidad y la obligación del juez de hacer control material a esa tarea del ente acusador y aprobar solamente los cargos, los allanamientos o los preacuerdos que respeten las garantías fundamentales de todas las partes e intervinientes del proceso, son problemas jurídicos resueltos con las sentencias de constitucionalidad C- 516 y C-1260 de 2007 y C-059 de 2010, por lo que no es dable desatender estas decisiones con argumentos propios

	<p>de la justicia formal e interpretaciones de rango legal, las que se deben hacer prevalecer por sobre la justicia material, la Carta Política y los fallos de exequibilidad.</p> <p>El juez ejerce el control constitucional y material para salvaguardar garantías a las partes e intervinientes sobre los hechos comunicados y probados por el Fiscal en la actuación, por lo tanto son infundados los reparos que pretenden señalar que en tales casos el juez impone en el proceso su teoría del caso, o su particular criterio sobre los hechos, o que el operador judicial interfiera el programa metodológico o que se abroge facultades oficiosas en materia probatoria. Tampoco, en este caso el juez usurpa la función del Fiscal, porque si bien se le ha otorgado a éste la facultad de acusar, no se le ha dejado esa potestad para que la ejerza de cualquiera manera, a su antojo y arbitrariamente, se le ha condicionado para que lo haga ajustado a derecho y en este contexto tiene que hacerlo con apego a la estricta tipicidad y prestigio para la administración de justicia.</p>
<p><b>Decisión de la Corporación</b></p>	<p>Como viene de explicarse, la Sala Penal del Tribunal de Pereira podía ejercer control material excepcional a la actuación de la Fiscalía, el procesado y el defensor, del preacuerdo suscrito por éstos, para proteger garantías groseramente desconocidas.</p> <p>Lo registrado en el trámite de la acción de tutela evidencia respeto por el rito procesal establecido y cumplido, el apego al derecho a la verdad y la justicia de la víctima, el goce de oportunidades y el ejercicio de los derechos por las partes e intervinientes, el sometimiento a la legalidad y estricta tipicidad de las conductas atribuidas por la Fiscalía xxx, según lo normado en el artículo 209 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004 y el artículo 31 ídem.</p> <p>Xxx aceptó cargos por concurso homogéneo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, conductas ónticas ejecutadas y la rebaja de pena autorizada de la tercera parte se ajusta al beneficio que le correspondía dado el momento procesal en que admitió la terminación anticipada del proceso.</p> <p>La tasación de la pena a partir del mínimo previsto por uno de los reatos y el incremento de dos meses de prisión por la ocurrencia de otras ilicitudes de la misma naturaleza, no desatiende el principio de legalidad de las penas establecido para el concurso homogéneo de reatos en el artículo 31 del C.P.</p> <p>Dada la fecha de la comisión de los reatos, septiembre y octubre de 2005, no operaba la prohibición de otorgar subrogados ni sustitutos penales para delitos por los que se condenó al procesado en donde las víctimas fueron menores de edad.</p>

	<p>El Tribunal encontró necesario amparar derechos fundamentales con base en el incremento de la pena por el concurso de delitos por haber sido de dos meses, pero reconociendo el ad quem que esta decisión del a quo &gt;&gt;se encuentra dentro de los derroteros de artículo 31 de la Ley sustancial penal 599 de 2000&gt;&gt;, por tanto y siendo como lo es cierta esta última premisa, cualquier argumento que se haga para descalificar la tasación de la pena constituye una disparidad de criterios sin incidencia en las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, insuficiente para hacer intromisión en la facultad de las partes para preacordar.</p> <p>No es que la Sala esté admitiendo que no se debe ser más cuidadoso en la tasación de la pena y que no se deba considerar el principio de proporcionalidad en la dosificación para que con ésta se cumplan los fines a ella asignados, pero, cuando el monto señalado por el juez o convenido por las partes en un preacuerdo está dentro de los límites legales, no es posible desconocer esas facultades so pretexto de amparar garantías para imponer un criterio, como en este caso ocurrió con la decisión del 4 de abril de 2014 del Tribunal de Pereira, al improbar parcialmente el acuerdo por supuesto desconocimiento del citado principio en el incremento del concurso de delitos.</p> <p>Para restablecer las cosas a su estado de derecho por las razones que se han señalado, se debe anular el auto de 4 de abril de 2014 proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Pereira, para que se rehaga la actuación resolviéndose el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas, pero bajo los supuestos señalados en esta providencia, específicamente sin desatender el incremento de la tasación de la pena por el concurso delictivo por los delitos por los que se procesa a xxx, lo cual debe hacerse dentro de las 48 horas siguientes a la fecha a la que le sea puesta a disposición la respectiva carpeta, la cual deberá reclamarla al a quo.</p>
<b>Motivación de la Decisión</b>	
<b>Salvamento de Voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	
<b>Résumé del Salvamento</b>	NO APLICA
<b>Aclaraciones de voto</b>	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
<b>Magistrado</b>	
<b>Resumen de las aclaraciones</b>	

<b>OBSERVACIONES</b> (Calidad del dato, contradicciones, insuficiencia en la argumentación)	
<b>ANÁLISIS SOBRE EL TEMA</b>	