

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Conjuez Ponente:
LUIS GONZALO VELÁSQUEZ POSADA

Aprobado Acta No. 437

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014).

I. V I S T O S

Resuelve esta Sala de Conjueces los recursos de casación promovidos por el Ministerio Público y el apoderado del Dr. IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, reconocido en este proceso como víctima, contra el fallo del 31 de mayo de 2011, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá *aclaró y modificó* la sentencia anticipada impartida por el Juzgado 14 Penal del Circuito con función de conocimiento de la misma ciudad, sentencia mediante la cual se condenó a los capitanes JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN y FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA por los delitos de concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción, abuso de función pública y violación ilícita de comunicaciones agravado, en concurso.

II. LOS HECHOS

El sentenciador de segundo grado los resumió así:

“Entre los años 2005 y 2009, altos funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., entre ellos Fernando Alonso Tabares Molina y Jorge Alberto Lagos León, en sus condiciones de Director General de Inteligencia y Subdirector de Contrainteligencia de la citada entidad, respectivamente, dirigieron, coordinaron y tuvieron conocimiento de actividades sistemáticas de inteligencia estatal, por fuera del ámbito legal, en contra de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y senadores del Congreso de la República al considerárseles ‘blancos políticos’.”

“Entre dichos actos ilícitos, acudieron a ilegales actividades investigativas por parte de algunas de las dependencias del Departamento Administrativo de Seguridad y la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF, encaminadas a determinar la supuesta vinculación de ciertos magistrados con personas al margen de la ley y del narcotráfico; indagación ilegal denominada ‘paseos I, II y III’ del Grupo de Observación Nacional e Internacional, GONI, con motivo de un evento social realizado los días 9 y 10 de junio de 2006, en la ciudad de Neiva, con ocasión de la designación del magistrado Yesid Ramírez Bastidas como Presidente de la Alta Corporación Judicial; investigación ilegal por parte de una de las subdirecciones del D.A.S., con fundamento en anónimo en contra del funcionario recién mencionado, sin atender que ostentaba fuero constitucional; actividades investigativas en bases de datos reservadas sobre algunos de los magistrados, relacionadas con transacciones cambiarias en efectivo, actos notariales, salud, compra y venta de vehículos y bienes, utilizando para ello la información disponible de la UIAF, adscrita al Ministerio de Hacienda.”

“Igualmente, realizaron búsqueda selectiva de información en sistemas de empresas de transporte aéreo a efecto de identificar vuelos y registros utilizados para el desplazamiento a Neiva de los miembros de la Alta Corporación que asistieron al homenaje realizado en Neiva; además, se llevaron a cabo averiguaciones selectivas de información en bases privadas en entidades hoteleras para establecer si los magistrados de la Corte Suprema de Justicia acudieron a tal servicio, su consumo y forma de pago; también se consultaron bases de datos sobre los movimientos migratorios de aquellos. De manera que se desbordaron los límites legales del convenio de cooperación existente entre el D.A.S. y la U.I.A.F. del Ministerio de Hacienda para acceder a esta información reservada, pues no existían las autorizaciones legales pertinentes.”

“De la misma manera, la Dirección General Operativa del Departamento Administrativo de Seguridad, en mayo de 2008, desplegó actividades tendientes a verificar información personal respecto del magistrado Yesid Ramírez Bastidas.”

“A su turno, la Subdirección de Fuentes Humanas del Departamento Administrativo de Seguridad contactó y ubicó, en el año 2008, a personas al interior de la Alta Corporación a efectos de obtener información reservada y privilegiada de los magistrados, así como del desarrollo de sus actividades funcionales, entre las que se destacaron las sesiones o reuniones privadas de los funcionarios, datos personales de los mismos y copias de diligencias judiciales, es decir, se infiltró ilícitamente a la Corte Suprema de Justicia, máxime que se grabó el desarrollo de sesiones y reuniones formales de los magistrados para luego transliterar su contenido, previas orientaciones de búsqueda e información sobre temas relacionados con la reelección, la extradición y el Presidente de la República.”

“También se llevaron a cabo, en abril de 2008, por parte de funcionarios de la Subdirección de Operaciones del Departamento Administrativo de Seguridad, pesquisas tendientes a obtener información ilegal sobre el magistrado César Julio Valencia Copete y su apoderado Ramiro Bejarano Guzmán, referente a la existencia de propiedades y verificación de actos de protocolización en notarías de Bogotá, utilizando ‘operaciones encubiertas’.”

“Igualmente, la Subdirección de Análisis del Departamento Administrativo de Seguridad ilegalmente elaboró hojas de vida contentivas de datos personales de magistrados, con las que se construyeron sus perfiles ideológicos y tendencias políticas, conforme a lo ordenado en abril de 2008 por la Subdirección de Contrainteligencia de dicho Departamento.”

“Del mismo modo, funcionarios de la Subdirección de Contrainteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad, durante el año 2008, en ejecución del sistematizado plan ilícito contra la Corte Suprema de Justicia, filtró información entre algunos medios de comunicación, suministrando datos de la investigación del D.A.S. sobre el ‘paseo’ del 2006 a Neiva de algunos magistrados, a efecto de desacreditarlos.”

“Con relación a los senadores Piedad Córdoba y Gustavo Petro Urrego, considerados por las áreas de inteligencia y contrainteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad ‘objetivos institucionales’ y ‘blancos políticos’, se realizaron ilícitas actividades, tales como el sistemático seguimiento y control de sus acciones parlamentarias por los supuestos vínculos que ellos mantenían con insurgentes de las FARC.”

“Así, sobre los mencionados, entre los años 2005 y 2008, el Grupo de Observación Nacional e Internacional, GONI, de la Subdirección de Contrainteligencia del D.A.S., ejecutó acciones similares a las materializadas contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pero más invasivas, pues concretaron seguimientos sobre sus desplazamientos a actividades públicas y privadas, obtención de registros telefónicos y localización de celdas de abonado celular, infiltración de reuniones políticas llevadas a cabo por medio de grabaciones, de las cuales se transliteraron apartes, análisis ‘link’ sobre sus vínculos familiares, al igual que registros fotográficos de éstos; también se ejecutaron actividades de supuesta inteligencia a sus esquemas de protección e incluso seguimientos a correos electrónicos; además de reportes financieros proporcionados por la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF.”

“Ahora bien, frente a Jorge Alberto Lagos León y Fernando Alonso Tabares Molina, en sendas actas de preacuerdo se indicó que ellos asistieron y participaron activamente en

reuniones del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., y en otras instancias gubernamentales a las que se reportaba el progreso de las ilegales acciones, a efecto de asumir las decisiones relativas a su desarrollo, prioridad y ejecución; en consecuencia, en el marco de tales actividades intervinieron en la expedición de órdenes verbales y escritas ilegales, a efecto de obtener información reservada y privada e interceptar comunicaciones a altos servidores públicos, entre ellas, la misión de trabajo 014 de 28 de abril de 2008, con la que el Coordinador del Grupo de Observación Nacional e Internacional, GONI, dispuso realizar ‘...todas las actividades de inteligencia’ para ‘...obtener información relacionada con Ascencio Reyes Serrano...’, y que en el Departamento del Huila se efectuaran ‘...labores de inteligencia tendientes a obtener información privilegiada referente al blanco político...’ que permitiera ‘...coadyuvar en las políticas adelantadas por el actual gobierno en lo referente a la seguridad nacional’...”

“Igualmente, la ilegalidad de las órdenes se advirtió con la misión de trabajo 197 de 17 de diciembre de 2007, mediante la que el coordinador del Grupo de Asuntos Especiales, GAES, emitió instrucciones a efectos de ‘... realizar labores de contrainteligencia...’ relativas a los vuelos ‘...charter Bogotá – Neiva en el año 2006’ y el oficio 68572 del 22 de abril de 2008 con el cual el subdirector de contrainteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad instó al director de la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF, información de sus bases de datos sobre algunos de los magistrados que se desplazaron a Neiva en junio de 2006.”

“Actividades ilegales reseñadas que, a su vez, comportaron el desarrollo de funciones públicas por fuera del ámbito legal, pues los seguimientos, interceptaciones y búsqueda de información reservada no correspondía a labores de inteligencia legítimas, justificadas por razones de seguridad nacional; además, tampoco habían sido dispuestas por autoridad judicial competente o en desarrollo del ejercicio de funciones de policía judicial.”

“Finalmente, en las actas de preacuerdo se reseñó que los señores Tabares Molina y Lagos León participaron en la interceptación de correos electrónicos pertenecientes a la senadora Piedad Córdoba y Mary Luz Herrán Cárdenas, ex esposa del senador Gustavo Petro, conforme evidenciaban los

documentos encontrados en el servicio del Grupo de Observación Institucional, GONI, señalando ‘... 26-mar-05. Los siguientes puntos figuran el email de Mary Luz Herrán Cárdenas, alias Andrea (ex esposa de Gustavo Petro y desmovilizada del M-19)...’ ”

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. A solicitud del Fiscalía 8ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, y previa solicitud y expedición de orden de captura, el Juez 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en audiencia preliminar concentrada celebrada el 10 de abril de 2010, *legalizó la captura de JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN, FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA, Luz Marina Rodríguez Cárdenas, Bernardo Murillo Cajamarca y Germán Albeiro Ospina Arango, al tiempo que les imputó los delitos de concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (artículos 340, incisos 1º y 3º, en concordancia con el 342 del Código Penal; artículos 413 y 416, en asocio con el 58-12 del mismo estatuto), cargos que los nombrados no aceptaron, luego de lo cual fueron afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.*

2. El *escrito de acusación* fue presentado el 10 de mayo de 2010. Posteriormente, en audiencia celebrada el 28 de julio del mismo año, realizada ante el Juzgado 14 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, la Fiscalía formuló *acusación* en contra de los antes mencionados por los delitos de

concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción, abuso de función pública y violación ilícita de comunicaciones agravada (artículos 340, incisos 1º y 3º, en concordancia con el 342 del Código Penal; artículos 413, 428 y 192, incisos primero y segundo, *ibídem*, con la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el artículo 58-12 de la Ley 599 de 2000 y la de menor punibilidad del 55-1 del mismo código). La primera de tales conductas les fue atribuida a los acusados como autores y las demás como coautores impropios, en concurso heterogéneo y sucesivo.

3. El 20 de agosto del mismo año, se presentó acta de preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN, la cual fue aprobada el 27 de ese mes, con la consiguiente orden de ruptura de la unidad procesal, y confirmada en segunda instancia el 20 de octubre siguiente.

Lo propio ocurrió con FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA, cuya acta de preacuerdo fue signada el 21 de septiembre de 2010 y aprobada el 13 de octubre siguiente, fecha en la cual se dispuso igualmente la ruptura de la unidad procesal. Confirmada esta sentencia en segunda instancia el 16 de diciembre siguiente, en audiencia celebrada el 17 de febrero de 2011 se corrió a las partes el traslado al que se contrae el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

A través de las mencionadas actas de preacuerdo se les atribuyó a JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN y FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA, en calidad de coautores, las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción, abuso

de función pública y violación ilícita de comunicaciones agravada (artículos 340, incisos 1º y 3º, de la Ley 599 de 2000, modificado por el 8º de la Ley 733 de 2002, en concordancia con el 342, 413, 428 y 192, inciso segundo, del mismo estatuto; todas estas normas modificadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

Las conductas reseñadas se les atribuyeron en concurso heterogéneo y sucesivo. Se les imputó igualmente la causal de mayor punibilidad de que trata el artículo 58,12 del Código Penal y la de menor punibilidad del 55,1, del mismo estatuto.

Según las mencionadas actas, presentadas con posterioridad al escrito de acusación, los procesados y sus defensores convinieron con la Fiscalía la aceptación de la comisión y responsabilidad por la totalidad de los delitos reseñados, así como de la causal de mayor punibilidad. *“Y se acuerda –dicen las actas de preacuerdo- que la única pena a imponer por el juez de conocimiento en la correspondiente sentencia condenatoria será de”* 8 años y 2 meses de prisión para TABARES MOLINA y 8 años para LAGOS LEÓN.

Los preacuerdos especificaron la manera como se determinó en cada caso la pena pactada, así:

En primer lugar, se estableció que en el concurso heterogéneo y sucesivo de conductas, la pena más grave era la correspondiente al concierto para delinquir agravado y que era lo procedente individualizar la pena de prisión dentro del primer cuarto medio,

que se extiende entre los 132 meses y 22 días de prisión hasta 169 meses y 15 días.

Así, el preacuerdo fijó la pena del delito base (concierto para delinquir agravado) para TABARES MOLINA en 133 meses y para LAGOS LEÓN en el mínimo del cuarto correspondiente, esto es, en 132 meses y 22,5 días. Dichas sanciones las incrementó, en virtud del concurso heterogéneo y sucesivo de delitos, en 11 meses y 7,5 días para LAGOS LEÓN y en 14 meses para TABARES MOLINA (8 meses por el prevaricato por acción, 4 por el delito de violación ilícita de comunicaciones y 2 meses más por el abuso de función pública). En conclusión, aclararon las actas de preacuerdo, en condiciones ordinarias la pena de prisión para LAGOS LEÓN habría sido de 144 meses y para TABARES MOLINA de 147.

A dichos cálculos, en virtud del preacuerdo, les aplicó la rebaja de la tercera parte (artículo 352 de la Ley 906 de 2004), para obtener así una pena de *8 años* de prisión para LAGOS LEÓN y *8 años y 2 meses* para TABARES MOLINA.

Para ambos, la multa se acordó en 44.43 salarios mínimos legales mensuales del año 2008 y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

4. El 7 de marzo de 2011, el Juez 14 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dictó la sentencia condenatoria conforme a lo pactado; dicha decisión fue apelada por los representantes de

las víctimas, Dra. María del Rosario González Muñoz y Dr. Iván Velásquez Gómez, así como por el Ministerio Público. Fue así como la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en fallo del 31 de mayo de 2011, adoptó las siguientes determinaciones:

i) Aclarar la providencia del *a quo*, en el sentido de declarar que la infiltración a la Corte Suprema de Justicia corresponde a la conducta punible de abuso de función pública, y no a violación ilícita de comunicaciones.

ii) Modificar la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y, en consecuencia, fijarla como sanción accesoria, en 89 meses y 10 días para JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN y en 91 meses y 10 días para FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA y, como principal, en 6 meses y 20 días para ambos.

iii) En lo demás, confirmó el fallo de primer grado.

5. Contra la sentencia de Tribunal Superior de Bogotá interpusieron oportunamente recursos extraordinarios de casación tanto el Ministerio Público como el representante de la víctima Dr. IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, recursos que oportunamente sustentados con las correspondientes demandas.

IV. LOS FALLOS DE INSTANCIA

1. Decisión del 7 de marzo de 2011, proferida por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento

Estima que el expediente suministra conocimiento más allá de toda duda sobre los delitos y la responsabilidad de los dos procesados.

Empieza por relacionar los elementos de juicio que obran en la actuación y sustentan dicho aserto. Así, la funcionaria *a quo* menciona la documentación relativa a las órdenes de trabajo Nos. 197 de 2007 (“*caso charter*”) y 014 de 2008, emitidas por el Subdirector de Contrainteligencia del DAS, JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN.

Dichas órdenes estaban encaminadas a indagar diversas circunstancias, entre otras, los desplazamientos aéreos a la ciudad de Neiva de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, Drs. Yesid Ramírez Bastidas, Eduardo Campos Soto, César Julio Valencia Copete, Sigifredo Espinosa Pérez, Gustavo Gnecco, Alfredo Gómez Quintero, Carlos Isaac Nader, Luis Javier Osorio López, Jorge Luis Quintero Milanés, Francisco Ricaurte, Humberto Sierra Porto, Mauro Solarte Portilla, Camilo Tarquino, Hernando Torres Corredor, Isaura Vargas y Javier Zapata, así como del entonces Defensor del Pueblo Volmar Pérez y la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, Dra. Martha Luz Hurtado, todos ellos denominados como “*blancos políticos*”; también sus movimientos

patrimoniales, propiedades, transacciones, elaboración de perfiles y relaciones con el ciudadano Ascencio Reyes Serrano.

Se tiene la entrevista de la detective del DAS Nancy Romero Martínez, en la que relata que el Subdirector de Análisis de ese organismo la requirió para transcribir el contenido de un disco compacto con grabaciones de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con la orden específica de resaltar *“temas de reelección, extradición, información relacionada con el expresidente Uribe Vélez”*. También se obtuvo la información suministrada por el Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán sobre la información relativa a *“procesos que se llevan en la Sala Penal, especialmente los casos de FARC política y parapolítica, además de datos personales no sólo de Magistrados sino de Magistrados Auxiliares, entre ellos el Dr. Iván Velásquez Gómez”*, que desde 2007 a 2009 se estaba filtrando hacia el DAS.

Obra el registro de las labores de inteligencia contra el senador Gustavo Petro Urrego por actividades *“en contravía a los intereses del Gobierno”* y de la también senadora Piedad Esneda Córdoba, en especial sus actividades políticas con la *“izquierda colombiana”* y su situación patrimonial. Consta el interrogatorio del Coordinador del Grupo de Observación Nacional e Internacional, GONI, Germán Albeiro Ospina Arango, en el que refiere no solamente la infiltración a los esquemas de seguridad de la senadora Piedad Córdoba y los de allegados del Dr. Petro Urrego, sino la presión recibida por parte de la directora del DAS, María del Pilar Hurtado, y del Subdirector del Contrainteligencia LAGOS LEÓN, con el fin de obtener la información de inteligencia referente

a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pues “*la necesitaban en la Presidencia de la República*”, información que también manejaba el Director de Inteligencia del DAS, capitán FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA.

El juzgado aludió a la declaración de Carlos Alberto Arzayuz Guerrero, Director de Inteligencia del DAS hasta el año 2006, sobre las actividades de Martha Inés Leal, funcionaria del mismo organismo, “*que la implicaron con el proceso de las chuzadas*”. Adicionalmente, consideró los testimonios de los funcionarios de la UIAF Astrid Liliana Pinzón y Juan Carlos Riveros Cubillos, quienes dieron cuenta de reuniones con JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN sobre información de inteligencia relacionada con Ascencio Reyes Serrano y el pago de un vuelo chárter, así como su relación con algunos magistrados, información que puso en conocimiento de María del Pilar Hurtado, Bernardo Moreno, José Obdulio Gaviria, Jorge Mario Eastman y Astrid Liliana Hurtado, en una reunión que tuvo lugar en la Casa de Nariño el 24 de abril de 2008.

Se sabe, además, que en el computador de la funcionaria del DAS Martha Inés Leal se encontró información de las labores de inteligencia desplegadas contra la Dra. Piedad Córdoba y el Magistrado Auxiliar Dr. Iván Velásquez Gómez y la información de ellos obtenida por fuentes humanas.

A partir de la apreciación de los elementos de juicio allegados a la actuación, el *a quo* concluyó que existió un concierto para delinquir, comoquiera que diversos funcionarios del DAS, entre

ellos los capitanes TABARES MOLINA y LAGOS LEÓN, de manera sistemática y con división de tareas, aprovecharon su pertenencia a ese organismo y se concertaron para promover y desplegar actividades de investigación abusivas e ilegales contra Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como los entonces senadores Gustavo Petro Urrgo y Piedad Córdoba. Para ello emplearon los medios que tenían a su alcance, como Director de Inteligencia el primero y Subdirector de Contrainteligencia el segundo.

Luego de reseñar el organigrama del DAS y precisar que su directora general era la Dra. María del Pilar Hurtado y su directora operativa Luz Marina Rodríguez Cárdenas, señaló a los otros funcionarios que, junto a LAGOS LEÓN y TABARES MOLINA, subalternos de la directora general del organismo de inteligencia, *“posiblemente pertenecieron a esa empresa criminal, entre ellos el Dr. Gustavo Sierra Prieto como Subdirector de Análisis, William Romero como Subdirector de fuentes humanas, Martha Inés Leal como funcionaria perteneciente a Inteligencia, Bernardo Murillo Cajamarca como Coordinador del Grupo Anticorrupción perteneciente a la Dirección General Operativa, así como varios detectives adscritos a grupos o subdirecciones a cargo de los antes mencionados”*.

Así, los resultados de las labores de inteligencia (seguimientos, elaboración de perfiles, hojas de vida, información patrimonial y financiera) que, en cumplimiento de las órdenes 197 de 2007 y 014 de 2008, recayeron sistemáticamente sobre diversos Magistrados fueron puestos en conocimiento de funcionarios de la Presidencia de la República en una reunión celebrada en la propia

sede del Ejecutivo el 24 de abril de 2008, que contó con la presencia de la Directora del DAS y de los funcionarios LAGOS LEÓN y TABARES MOLINA. La información así obtenida fue puesta en manos de la prensa (El Tiempo, revista Se mana), con claros fines de desprestigio de los Magistrados de la Corte Suprema, lo que se puede evidenciar desde los correos electrónicos cruzados entre los procesados y los funcionarios Martha Inés Leal, José Antonio García y la directora general María del Pilar Hurtado.

Dedujo la juez de conocimiento, entonces, que “los ‘cortezanos’, los ‘amigos del chárter’ y quienes van a ‘tambalearse’ con los artículos de los medios de comunicación no pueden ser otros que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia”, panorama que coincide con el inicio por parte de dicha Colegiatura de las investigaciones de parapolítica, razón por la cual fue obtenida información privilegiada “tanto de comentarios de funcionarios de esa Corporación, como las reuniones y sesiones privadas de la Sala, en especial, la Penal, y con ello cumplir su objetivo contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que según manifestación del señor Germán Albeiro Ospina, consistía en ‘neutralizar su accionar contra el ejecutivo por las decisiones que esta estaba tomando relacionadas con parapolítica”.

Apreció que fueron víctimas de las ilegales labores de inteligencia dispuestas por el Director de Inteligencia y Subdirector de Contrainteligencia del DAS la ex senadora Piedad Córdoba y el ex candidato presidencial Gustavo Petro Urrego -considerados como “blancos políticos” u “objetivos institucionales”- a través de la infiltración de sus esquemas de seguridad, seguimientos a sus

actividades políticas, indagación de su núcleo familiar y allegados, desplazamientos, intervenciones públicas y académicas.

En conclusión, dijo la *a quo*, los procesados FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA y JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN, Director de Inteligencia el primero y Subdirector de contrainteligencia el segundo, fueron acusados como coautores, puesto que *“coordinaban, promovían y disponían la realización de actuaciones ilícitas para la obtención de información privilegiada, debiendo así responder por su participación activa dentro de la organización criminal que involucró varias direcciones y subdirecciones del DAS”*.

Lo anterior, precisó, con la agravación de que trata el artículo 342 del Código Penal, toda vez que los procesados eran en aquel entonces miembros de un organismo de inteligencia del Estado y, además, violaron los límites que se les impone a las entidades que realizan esa clase de tareas en cuanto a su legalidad, prohibición de divulgación y respeto a los derechos humanos, debido proceso y presunción de inocencia.

Adicionalmente, la conducta de los procesados se adecuaba al delito de prevaricato, pues como servidores públicos emitieron órdenes escritas y verbales (misiones números 197 de 2007, 014, 042 de 2008, y otras más registradas en correos electrónicos) encaminadas a la realización de actividades ilegales de inteligencia al interior de la Corte Suprema de Justicia, en particular sobre temas de interés para el Gobierno de ese entonces, y contra los

Drs. Gustavo Petro y Piedad Córdoba, *“por sus lineamientos políticos contrarios al Presidente de la República”*.

Los servidores del hoy extinto organismo de seguridad aquí procesados incurrieron, además, en abuso de función pública, en la medida en que *“las actividades que realizaron al interior del DAS se dieron de manera abusiva, vulnerando derechos fundamentales como lo es el derecho a la intimidad y al buen nombre, ya que se ensañaron contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los congresistas Piedad Córdoba y Gustavo Petro, al punto que cada avance en la investigación era puesto de presente a los medios de comunicación, convirtiéndose en ‘objetivos institucionales’”*.

De igual manera, incurrieron en el delito de violación ilícita de comunicaciones, ya que *“según información suministrada por el magistrado Augusto Ibáñez Guzmán... consta que en las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia existieron fuentes humanas que brindaban información a funcionarios del Departamento Administrativo del DAS sobre procesos penales de trascendencia nacional, ya que se estaba juzgando a personajes relacionados con la parapolítica, convirtiéndose así en objetivos de la organización criminal los Magistrados que tenían a su cargo estos procesos, pero en general la Sala Penal de esa Corporación, por cuanto del DVD aportado a la Fiscalía, se pudo determinar que en efecto se interceptaron reuniones de la Corte Suprema de Justicia, así como audiencias de carácter reservado, de las cuales algunas eran transliteradas, archivos cuyo autor era la funcionaria del DAS Alba Luz Flórez, conforme las propiedades de los archivos hallados”*.

Fue así como, luego de reseñar la interceptación de las declaraciones de Salvatore Mancuso, Rafael García, Luis Carlos Restrepo, Iván Roberto Duque García y Jairo Castillo Peralta, identificó todas y cada una de las numerosas reuniones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que fueron interceptadas; agregó que de igual manera obran “*documentos en los cuales constan varios comentarios tanto de Magistrados como de Magistrados Auxiliares, incluyendo al Dr. Iván Velásquez, quien era el investigador de los casos de parapolítica, comentarios respecto a procesos penales que se siguen en esa Corporación, trámites administrativos, así como información personal y de sus familiares, anotaciones que vienen desde el año 2007 hasta principios de 2009*”.

También fueron objeto de interceptación los correos electrónicos de la senadora Piedad Córdoba, de los cuales se obtuvo información de sus familiares y allegados.

Dicha conducta resulta agravada, precisó la funcionaria a quo, “*porque con la información obtenida se cumplió con el fin de la organización criminal... encaminada a desprestigiar a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los señores Gustavo Petro y Piedad Córdoba, datos que salieron de la esfera reservada, para convertirse en pública, al ser entregada por miembros del DAS a periodistas y, en consecuencia, ser publicada en medios de comunicación de amplia circulación nacional*”.

2. Sentencia de segunda instancia del 31 de mayo de 2011, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá

El *ad quem*, conforme los reclamos planteados en los recursos de apelación contra la decisión del juzgado, negó las nulidades reclamadas con fundamento en una supuesta falta de conocimiento de la verdad de lo ocurrido por razón de la prolífica capacidad negocial de la fiscalía, y por incongruencia entre los hechos y su calificación jurídica.

Lo primero, por cuanto la institución de los preacuerdos propia del sistema procesal acusatorio y, en particular, los celebrados en este caso, no desconocieron los hechos cometidos por los procesados, antes, por el contrario, condujeron a establecer la conducta de cada uno de ellos, sin que pueda decirse que la verdad solamente puede alcanzarse a través del curso normal del proceso.

Respecto de la segunda cuestión planteada por los impugnantes, esto es, la presunta incongruencia entre los hechos y su calificación jurídica, por no haber deducido el *a quo* los concursos homogéneos de prevaricatos y violaciones ilícitas de comunicaciones, y la acumulación de dos rebajas no posibles, el Tribunal argumentó que la pena impuesta y su dosificación, conforme el principio de discrecionalidad reglada, obedeció a los parámetros legales y no rebasó lo pactado en el preacuerdo. Indicó que ninguna irregularidad se configuró por la no deducción del concurso homogéneo de delitos, pues dicha categoría, al contrario

de las modalidades concursales material y formal, no está fijada en la ley.

Lo cierto fue que todo lo pactado en el preacuerdo fue luego trasladado a la sentencia y fue así como se recogió toda la situación fáctica consignada en aquel, sin que fuera obligatorio plasmar las categorías de concurso heterogéneo, sucesivo, simultáneo u homogéneo. Por tanto, adujo el *ad quem*, no se configuró la doble rebaja punitiva, pues la imputación fáctica contenida en el preacuerdo y la sentencia se mantuvo incólume, de modo que la única rebaja acordada fue la prevista en el inciso segundo del artículo 352 de la Ley 906 de 2004, no siendo del caso, entonces, que el juzgador aplicara los criterios de dosificación de la pena previstos en inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, los cuales, en todo caso, sí deben estar contenidos en el preacuerdo.

El juez colegiado de segundo grado insistió en que no es cierto, como así lo aseguran los apelantes, que el fallo no hubiera precisado los hechos y circunstancias que afectaron a los Magistrados Drs. María del Rosario González Muñoz e Iván Velásquez Gómez, pues lo cierto fue que se hizo clara alusión a que los procesados, como funcionarios de inteligencia y contrainteligencia del DAS, desplegaron diversas conductas punibles contra los magistrados titulares y auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, afirmación esta que hace innecesario especificar a cada uno de los servidores judiciales afectados, dentro de los cuales figuraron los atrás mencionados.

En todo caso, los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada dejan ver cómo aquellos fueron particularmente afectados.

En lo que tiene que ver con el Magistrado Auxiliar, Dr. Iván Velásquez Gómez, la sentencia del Tribunal afirmó que obra en la actuación el informe de policía judicial sobre la obtención de un disco compacto que registra los comentarios de aquel sobre investigaciones contra el DAS por fuga de información desde la Corte Suprema de Justicia, en particular la relacionada con un proceso tramitado contra la ex presidenta del Congreso Nancy Patricia Gutiérrez, así como la entrega de 250 folios que lo señalan como un “*blanco político*”.

También se tiene el informe de un investigador de laboratorio referente al análisis de un DVD en el que se registra el audio de una diligencia adelantada por el Magistrado Auxiliar Velásquez Gómez en la ciudad de Montreal (Canadá), así como las expresiones del aludido funcionario sobre “*pruebas de audio donde comprometen a la directora del DAS María del Pilar Hurtado, proporcionando órdenes de realizarles seguimientos a los magistrados*”.

De igual manera, la sentencia advirtió que “*el 12 de junio de 2008 se obtuvo de la fuente datos personales del magistrado auxiliar, tales como su dirección y número de cédula, a lo que se agregó el comentario que hiciera frente a que ‘la fuga de información*

se está realizando por correo muerto, a una doctora de nombre Luz Adriana, alguien le está sacando información del correo”.

El Tribunal también hizo alusión a que otra fuente, mediante informe del 13 de junio de 2008, suministró el nombre de la cónyuge e hijos del Dr. Iván Velásquez, así como sus comentarios sobre las decisiones del General Naranjo sobre la seguridad de los magistrados y de la Corte Suprema de Justicia, y de un requerimiento de dicha Corporación relacionado con el computador de “*Raúl Reyes*” y su incidencia en un proceso contra Piedad Córdoba. Recordó, además, que el 20 de agosto de 2008 fueron registrados por el organismo de inteligencia los comentarios dirigidos a un colega por el Magistrado Auxiliar sobre “*el asunto del DAS*”.

Por otra parte, reseñó el registro de los comentarios del Dr. Iván Velásquez Gómez sobre la interceptación por el DAS de sus teléfonos privados, los seguimientos a sus desplazamientos y a los miembros de su familia, el interés de la directora del organismo de inteligencia en esas actividades, la condición de la Corte Suprema de Justicia de “*objetivo número uno para el presidente*”, así como otros comentarios sobre la decisión confidencial de la Corte de defender ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos las investigaciones del “*caso de Yidis Medina*”.

El Tribunal avanzó en la reseña extensiva y detallada de la información ilegalmente obtenida por el DAS relativa a la gestión institucional del Magistrado Auxiliar Iván Velásquez Gómez en los

casos de la *farcpolítica* y parapolítica; sus comentarios sobre las medidas de seguridad dispuestas a su favor por la CIDH por ser el juez de más alto riesgo del mundo, los casos en que aparecen comprometidos “*el doctor Mario Uribe y los amigos del presidente en el gobierno*”, la relación del ex director del DAS Jorge Noguera Cotes con la parapolítica, la existencia de un supuesto acuerdo entre el ex presidente Andrés Pastrana Arango y paramilitares desmovilizados, así como sobre decisiones judiciales contra congresistas y gobernadores.

Así mismo, la Corporación de instancia detalló la información ilegalmente obtenida por el DAS respecto de la gestión de la Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Dra. María del Rosario González Muñoz, y fue así como reseñó sus comentarios realizados en las reuniones de la Sala de Casación Penal sobre el tema de las tutelas contra providencias judiciales y sus sospechas de que la Corte Suprema estaba siendo objeto de espionaje.

En conclusión, dijo el *ad quem*, “*Lo reseñado frente a los Magistrados María del Rosario González Muñoz e Iván Velásquez Gómez, contrario a lo expresado por los recurrentes, permite avizorar con diafanidad el alcance de las ilícitas actividades que dentro de la empresa criminal estatal, en la que los procesados JORGE ALBERTO LAGOS LEÓN y FERNANDO ALONSO TABARES MOLINA participaron, se concretaron de manera particular de cara a los funcionarios atrás mencionados*”.

Concluye que se respetaron los criterios de proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de la pena y asegura que los argumentos de los recurrentes terminan por desnaturalizar la figura del preacuerdo.

V. LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Los procuradores judiciales penales primero y octavo, como agentes especiales de la Procuraduría General de la Nación, formulan *dos cargos de nulidad*: el primero de ellos, por violación al principio de congruencia entre la imputación fáctica y jurídica; el segundo, por desconocimiento de la prohibición de doble deducción de beneficios punitivos en materia de preacuerdos y negociaciones.

Por su parte, el apoderado de la víctima Dr. Iván Velásquez Gómez postula *tres cargos de nulidad*, los dos últimos subsidiarios del primero.

Los argumentos de los demandantes se resumen de la siguiente manera:

1. DEMANDA PRESENTADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Primer cargo: nulidad

Los procuradores judiciales penales que suscriben el libelo alegan que la sentencia contradijo los postulados contenidos en los artículos 448, 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, razón por la cual incumple el deber de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Argumentan que los fallos de primera y segunda instancia están viciados de nulidad, toda vez que los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y los procesados fueron ilegales. Lo anterior, dicen, por cuanto, al igual que la acusación, versaron sobre el *concurso heterogéneo*, integrado por los delitos de concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción, abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (el cual fue luego mutado en abuso de función pública) y violación ilícita de comunicaciones agravado.

No obstante lo anterior, los fallos y el preacuerdo excluyeron indebidamente los *concursos homogéneos y sucesivos*, y el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto a los que se aludió en la audiencia de imputación. Dichos concursos, aseguran, se configuraron por la multiplicidad de prevaricatos por acción (que se concretaron en las órdenes de trabajo 014 de 2008 y 197 de 2007) y abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

Así, sostienen que los concursos homogéneos y sucesivos mencionados fueron imputados fácticamente, pero al final no lo fueron jurídicamente, sin que pueda afirmarse que el preacuerdo claramente hubiera excluido esa modalidad concursal. Si la exclusión del concurso de delitos era uno de los beneficios del preacuerdo así ha debido advertirse con claridad.

Como consecuencia de lo anterior, sostienen que el juzgador incurrió en interpretación errónea del artículo 31 del Código Penal, al tiempo que violó la congruencia que debe existir entre la imputación, la acusación (o el acta de preacuerdo) y la sentencia, toda vez que las conductas por las que esta última se dictó no guardan correspondencia con la imputación fáctica.

Por todo lo anterior, agregan, el fallo no se aproxima a la justicia material.

Con fundamento en las reflexiones precedentes, los demandantes le piden a la Corte que declare la nulidad de lo actuado desde el momento en que se revisó la legalidad de los preacuerdos para que éstos se rehagan, respetando la imputación fáctica.

Segundo cargo

Denuncian los agentes del Ministerio Público que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad, por

desconocimiento de las garantías fundamentales de legalidad y proporcionalidad de la pena, justicia e igualdad, toda vez que interpretó erróneamente, y no le concedió el alcance debido al artículo 351, inciso 2º, de la Ley 906 de 2004, concordante con los artículos 352 y 348 del mismo estatuto, en lo que se refiere a la finalidad de aprestigiar la administración de justicia.

Lo anterior, explican, por cuanto la norma mencionada dice que si como consecuencia del preacuerdo hubiere un cambio favorable para el imputado sobre la pena por imponer, entonces *“esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”*.

Agregan que, en contravía con dicho mandato, el sentenciador dedujo, además del beneficio consistente en preacordar la pena en 8 años y 2 meses, la rebaja de la tercera parte (artículo 352, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal). Dicen, entonces, que allí se configuró un doble beneficio punitivo, prohibido por la ley.

Llaman la atención sobre el vicio que sirvió de fundamento al primer cargo del libelo, esto es, la exclusión del concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles, el cual tiene incidencia en la estructura del segundo cargo, particularmente por razón de la imposibilidad de consensuar un beneficio adicional al de excluir el concurso, pues el acuerdo sobre la pena constituía el único beneficio posible en estos casos.

Insisten en que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, toda vez que no diferenció los diversos beneficios que pueden ser tenidos en cuenta para establecer un preacuerdo entre los procesados y la fiscalía.

Sostienen que los dos cargos han podido formularse en uno sólo, dado que el primero *'reconduce de alguna manera al segundo'*, pero por claridad lo hacen en dos separados.

Con sustento en los anteriores argumentos, los representantes de la Procuraduría General le piden a la Sala que declare la nulidad del proceso a partir de la decisión mediante la cual el juez de conocimiento declaró la legalidad de los preacuerdos, con el fin de que los mismos se rehagan, respetando la prohibición de doble rebaja.

2. DEMANDA PRESENTADA POR EL APODERADO DE LA VÍCTIMA DR. IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

Primer cargo: nulidad

Al amparo de la causal de casación de que trata el artículo 181, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, el censor denuncia que la sentencia violó el debido proceso por desconocer el derecho de la víctima a saber la verdad. La violación denunciada se originó

en la imputación formulada por la Fiscalía, la cual fue avalada en el fallo.

Alega que desde la formulación de imputación, la Fiscalía omitió relatar claramente las circunstancias en que se cometieron las conductas punibles, los móviles, la dimensión del perjuicio ocasionado a cada una de las víctimas, el contexto sociopolítico en el que tuvieron lugar los delitos, la participación real de los sentenciados en los hechos, la injerencia de sus cargos en la comisión de los delitos, la relación de mando y subordinación de los funcionarios del DAS hoy procesados con otras personas, las actividades de las víctimas, los actos específicos cometidos en contra del Dr. Iván Velásquez Gómez y, en general, todas las circunstancias que permitieran la reconstrucción real de los hechos que motivaron el fallo impugnado, pues, según dice, en la actuación procesal no obran los suficientes elementos de juicio que le permitan a la víctima Velásquez Gómez saber qué fue lo que pasó.

Dicha omisión, asegura, contraviene lo dispuesto en las sentencias de la Corte Constitucional SU-1184 de 2001 y C-228 del mismo año, así como de los lineamientos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Alega que en casos como estos de violación a los Derechos Humanos el único remedio es la nulidad, solución que reclama a la Sala desde la formulación de imputación, para que así se obtenga el conocimiento de la verdad.

Segundo cargo, subsidiario

Con apoyo en la misma causal de casación que orienta el cargo precedente, el censor reprocha que la sentencia, al haber avalado la acusación, no respetó la congruencia que debe existir entre los hechos objeto de investigación y la calificación jurídica que se les asigna.

Con fundamento en esta circunstancia, el casacionista le pide a la Sala que declare la nulidad de lo actuado desde la formulación de la acusación, por desconocimiento del debido proceso y afectación a las garantías de las víctimas.

Avanza en la sustentación del cargo, argumentando que de la imputación fáctica contenida en el escrito de acusación se advierte la perpetración, por parte de una verdadera empresa criminal, de una inclemente persecución e infiltración contra miembros de la oposición e integrantes de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos el magistrado auxiliar Dr. Iván Velásquez Gómez; no obstante lo anterior, la Fiscalía no hizo ninguna referencia a los hechos conocidos como *'el caso Tasmania'* y *'la Casa de Nari'*, de los que aquel fue víctima.

Agrega que de los hechos mencionados en la acusación, entre ellos las ilegales investigaciones e infiltraciones contra magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como la

elaboración de perfiles y filtración de información con fines de desprestigio, se desprende la comisión de hechos constitutivos de peculado por apropiación, violencia contra servidor público y tortura, toda vez que se emplearon recursos del Estado para realizar esas conductas y, además, se acudió al chantaje emocional y a campañas de desprestigio contra los servidores judiciales.

Dice que de los hechos relacionados en la resolución de acusación se desprenden varias conductas típicas adicionales a las efectivamente imputadas; fue así como la acusación hizo referencia a una varias de órdenes ilegales y a plurales violaciones de correspondencia; no obstante, dichas conductas no se incluyeron en el concurso de delitos.

Tampoco se hizo alusión en el fallo al pago de fuentes humanas al interior de la Corte Suprema de Justicia para obtener expedientes; dicha conducta se imputó fácticamente pero no jurídicamente, como peculado. Además, del expediente se desprende que la intención de los procesados era amedrentar a los magistrados, pero no se imputó la violencia contra servidor público. Todo lo cual configura un vicio insubsanable.

Fue así como, según dice el demandante, el ente acusador indujo al juez a omitir pronunciarse sobre las mencionadas conductas punibles, como era su deber, omisión que acarrea la impunidad por los hechos que, imputados fácticamente, no fueron objeto de investigación ni sanción.

Tercer cargo, subsidiario

A través de la causal segunda de casación, el recurrente alega que la sentencia del Tribunal desconoce el debido proceso por afectación sustancial a la garantía debida a las víctimas; precisa que la invalidez de la actuación se concreta al momento de la tasación de las sanciones en contra de los procesados, comoquiera que no obedecieron a criterios de proporcionalidad.

Señala, entonces, que TABARES MOLINA y LAGOS LEÓN, en su condición de funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, se concertaron para cometer delitos contra sectores judiciales y políticos considerados inconvenientes o disidentes, lo que se tradujo en actos de hostigamiento, persecución y difamación contra magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos la víctima DR. IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, así como de infiltración, grabación, robo de expedientes, vigilancia por personas pertenecientes a sus esquemas de seguridad, incluidos los casos denominados '*Tasmania*', '*Job*' y '*la Casa de Nari*', todo lo cual sumió al país en una de las peores crisis de institucionalidad.

No obstante lo anterior, la Fiscalía consideró adecuado imponer a LAGOS LEÓN una pena de 8 años de prisión y a TABARES MOLINA de 8 años y 2 meses, en detrimento de la proporcionalidad, razonabilidad y debida fundamentación de la

sanción, pues no tiene en cuenta la mayor o menor gravedad de las conductas.

El censor discrepa de la sanción impuesta, pues los sentenciados, siendo funcionarios del Estado y preparados académicamente, desinstitucionalizaron al país y convirtieron en blancos de inteligencia a senadores y funcionarios judiciales. Alega que, con la sanción impuesta, el único mensaje que queda es que atentar contra las más altas dignidades no amerita un gran reproche, cuando los responsables aceptan los cargos.

Critica, en últimas, la forma como fue dosificada la pena, sin tener en cuenta las condiciones especiales de cada delito.

Agrega que así como el funcionario judicial no puede agravar el marco fáctico y jurídico de la acusación, tampoco la víctima debe soportar los yerros de la fiscalía, avalados por el *ad quem*, al momento de catalogar los delitos que pretende sean sancionados.

En conclusión, el demandante le pide a la Sala de Casación Penal que declare la nulidad de lo actuado "*a partir del preacuerdo*", para que la Fiscalía lo realice nuevamente, con respeto al principio de proporcionalidad de la sanción.

VI. ARGUMENTOS DE LOS INTERVINIENTES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA DE SUSTENTACIÓN

1. Los recurrentes

1.1. **El Procurador 8° Judicial Penal II**, como agente especial del Ministerio Público, sustentó el recurso extraordinario con similares argumentos, en esencia, a los plasmados en el correspondiente escrito.

Adicionalmente, solicitó a la Sala de Conjuces que decrete la prescripción de la acción penal correspondiente al delito de abuso de función pública. Lo anterior, por cuanto desde la fecha de la imputación (14 de abril de 2010) ha transcurrido el término de la pena máxima legalmente prevista para el delito, incluso con el incremento de la tercera parte por tratarse los procesados de servidores públicos. Así, el fenómeno prescriptivo se habría consolidado el 14 de abril de 2014.

1.2. El apoderado del DR. IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, reconocido como víctima, insistió en los razonamientos plasmados en la demanda. Recalcó su solicitud de nulidad desde la formulación de imputación. Su principal reproche tiene que ver con el tema de la verdad. A su juicio, en este proceso específicamente, no se ilustró la verdadera actuación macrocriminal que tuvo lugar respecto de las escuchas ilegales. No se habría ilustrado la estructura del aparato criminal. Asegura que el verdadero ámbito de descubrimiento de la verdad, es el ámbito penal y, en este caso, según su criterio, se ha producido un gran déficit en el

descubrimiento de la verdad. Igualmente, hizo una formulación en torno del concurso, recalcando lo expuesto en su libelo.

Aludió, finalmente, a la posible falta de proporcionalidad en la imposición final de la pena, pues según él, no se aplicaron los criterios del artículo 61 del Código Penal una vez se adelantaron los preacuerdos. Por ejemplo, la gravedad o el carácter mismo de los delitos cometidos, que el abogado los ubica en el ámbito general de violaciones a los derechos humanos.

2. Los no recurrentes

2.1. *La Fiscal 8ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia* le pidió a la Sala de Conjuces que se abstenga de casar el fallo impugnado.

Argumentó, respecto de la demanda de casación presentada por el Ministerio Público, que la censura atinente a la exclusión en el fallo del concurso homogéneo de las conductas de abuso de función pública no constituyó una variación por supresión de los hechos atribuidos en la audiencia de imputación.

Dice que la crítica del impugnante se centra, entonces, en su discrepancia con la calificación jurídica dada por la Fiscalía, la cual bien pudo omitir el concurso homogéneo por concebir los hechos bajo la unidad de designio. Además, el representante de la víctima nada dijo sobre esta supuesta irregularidad en la audiencia de formulación de acusación, escenario procesal pertinente para ello. Recuerda que los términos de la acusación solamente le

corresponden a la Fiscalía, por ser el acusatorio un proceso de partes. Así las cosas, la única rebaja punitiva acordada fue la determinación anticipada de la pena, según lo previsto en la ley para ese momento procesal, y no la modificación de las conductas.

Niega que se hubiera deducido en el preacuerdo un prohibido doble beneficio, toda vez que la determinación de la pena acordada y el reconocimiento de la rebaja punitiva no desconocieron dicha prohibición. Asegura que lo acordado por las partes no trasgredió la facultad que les asiste de fijar los alcances fácticos y jurídicos de la acusación. Por tanto, determinar la pena en el preacuerdo y fijar la rebaja de la tercera parte no viola la prohibición de doble beneficio, sino que corresponde a la esencia misma del instituto negocial.

Insiste en que el beneficio pactado fue solamente la rebaja de la tercera parte de que trata el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio de la potestad de las partes de individualizar la pena, con el fin de clausurar cualquier discusión en torno a ese asunto, conforme se impone en la justicia negociada. Recuerda que le exclusión del concurso homogéneo no fue un beneficio, sino que obedeció a la facultad autónoma que la asiste a la Fiscalía de fijar la acusación.

Sobre la demanda presentada por el apoderado de la víctima, la fiscal señala, en lo que tiene que ver con el cargo primero – principal- que desde la imputación los hechos fueron debidamente identificados; ese núcleo fáctico y hechos jurídicamente relevantes

fueron objeto de discusión en la audiencia de formulación de la acusación, sin que las víctimas presentaran reparo alguno sobre las modificaciones introducidas en la acusación, y sin que ahora en casación sea posible revivir etapas procesales precluidas. Indica que sobre los mismos hechos se surten otras muchas actuaciones en las cuales se está dilucidando la verdad de los hechos cometidos por la empresa criminal, así que cada actuación añadirá algo nuevo a la percepción de verdad.

Por otra parte, el preacuerdo incluyó el deber de fungir los procesados como testigos de cargo, para contribuir así a la verdad de los hechos, al tiempo que la sentencia se ocupó *in extenso* de las circunstancias que afectaron a la víctima.

Sobre los cargos subsidiarios –violación del principio de congruencia por exclusión de algunas conductas típicas- la fiscal alega que la controversia planteada se contrae a la personal apreciación de la parte sobre lo que ha debido ser la calificación de los hechos, lo que desconoce la facultad del acusador de fijar el alcance de la acusación y termina por echar de menos un control material de la acusación que resulta extraño al sistema procesal. En todo caso, la solución que plantea el impugnante al supuesto vicio no puede ser la nulidad, pues queda a salvo la posibilidad de compulsar copias o presentar las respectivas denuncias.

Insiste que actualmente cursan varias actuaciones por hechos similares, por conductas como peculado.

Respecto del tercer cargo, sostiene que no se violó el principio de proporcionalidad de la pena, pues el ejercicio de individualización de la pena pactado estuvo ajustado a la ley y respetó las garantías procesales, al tiempo que fue aprobado por el funcionario de conocimiento y la segunda instancia. Así, la sola discrepancia de la parte con los criterios de proporcionalidad no demuestra una ilegalidad, menos aún si la pena fue legalmente preacordada.

2.2. *El apoderado de los Magistrados de la Sala de Casación Penal que fueron reconocidos como víctimas* señala, respecto del primer cargo de la demanda presentada por el apoderado del Dr. Velásquez Gómez, que no se configuró la violación al derecho a conocer la verdad. Lo anterior, porque si bien es cierto los hechos relativos a “*las chuzadas del DAS*” fueron extremadamente graves, también lo es que la justicia ha respondido debidamente. Que no se haya traído el contexto de los hechos puede ser parcialmente cierto, pero no se debe perder de vista que el marco fáctico y la responsabilidad atribuida a los capitanes LAGOS y TABARES es suficiente, y que la verdad contextual habrá de ser reconstruida a través de las “*piezas del rompecabezas*” que la propia institucionalidad ha ido construyendo a través de las distintas investigaciones.

En cuanto a la falta de imputación del delito de peculado por apropiación, alega que ello encuentra su razón de ser en que los acá procesados no eran ordenadores del gasto, como sí lo era la directora del DAS, María del Pilar Hurtado, a quien se investiga por ese delito.

En lo que tiene que ver con la demanda presentada por la Procuraduría, el representante de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia alega que una impugnación idéntica fue presentada por el Ministerio Público, de suerte que sus planteamientos ya fueron resueltos por la Sala de Casación Penal.

Sostiene que no se violó el principio de congruencia, toda vez que esta se predica de la correspondencia objetiva entre los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación –los que la Fiscalía, de manera autónoma, decida reconstruir en un caso concreto–, las alegaciones y la sentencia. Dicha correspondencia en este caso no fue desconocida, al tiempo que sobre la calificación dada por el acusador a los hechos no pesa ninguna ilegalidad.

Por último, manifiesta que el reproche planteado por el Ministerio Público no es más que un debate sobre los riesgos que acarrea el sistema premial, lo cual no es un problema propio de la casación, pues no se demostró cuál fue la garantía o la estructura del proceso que se vulneró. Así mismo, indica que los procesados, conforme lo pactado, han cumplido con su deber de colaborar en otras actuaciones que se surten por hechos relacionados, de suerte que acceder a lo pedido por el impugnante en la demanda de casación afectaría derechos materiales y el principio de justicia, pues el Estado terminaría haciéndole trampa a los procesados.

Le pide a la Sala de Conjuces que no case el fallo recurrido.

2.3. *El defensor de Jorge Alberto Lagos León* alega, respecto de los cargos primero y segundo de la demanda del apoderado del Dr. Velásquez Gómez, que la nulidad reclamada debe ser desestimada, pues su argumento solamente configura una crítica a la justicia premial, en la medida que estima que se cercena la posibilidad de conseguir la verdad. Ello es ilógico, porque la figura del preacuerdo es válida, a ella se acogió el capitán LAGOS LEÓN y en su aplicación se reconocieron los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la pena.

El preacuerdo fue aprobado por el funcionario judicial y respetado en la sentencia; dicha institución –el preacuerdo– se rige por los principio de la irrevocabilidad, preclusión y seguridad jurídica; este último se concreta en tres vías: para los procesados, para la administración de justicia y las víctimas. Los primeros han cumplido con la obligación de servir de testigos en otros procesos relacionados con las “*Chuzadas del DAS*”, y la verdad ha venido construyéndose principalmente en el la actuación contra Bernardo Moreno y la Dra. María del Pilar Hurtado; en ella los acá procesados han cumplido eficazmente con la reconstrucción de la verdad. Tal circunstancia desvirtúa lo alegado por el recurrente en su demanda, pues la verdad no solamente puede conseguirse a través del proceso penal *normal*, con juicio oral, sino que para ello también es eficaz la figura del preacuerdo.

En lo referente al tercer cargo del escrito presentado por el apoderado del Dr. Iván Velásquez Gómez y la demanda formulada por el Ministerio Público, el interviniente sostiene que los argumentos allí plasmados, los cuales trae a colación de manera

textual, ya fueron resueltos por la Sala de Casación Penal, en un caso por los mismos hechos contra el ex servidor del DAS Gustavo Sierra Prieto. Considera ilógico que ante el pronunciamiento de la Corte, los Procuradores Judiciales insistan ahora en los mismos razonamientos.

Con fundamento en las anteriores reflexiones, el interviniente le pide a esta Sala que no considere la demanda presentada por el Ministerio Público y que no case el fallo recurrido por los cargos del apoderado de la víctima.

2.4. *El defensor del Fernando Alonso Tabares Molina*, le pide a la Sala de Conjuces que no case la sentencia. Funda su argumentación en el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal, con ocasión del caso de Gustavo Sierra, y en las reflexiones presentadas por la Fiscalía en la audiencia de sustentación de la casación.

Asegura que las demandas no acreditan un yerro, ni se requiere de un fallo para asegurar alguno de los fines de la casación.

En cuanto al libelo presentado por el Ministerio Público, indica que no se produjo la incongruencia alegada, pues los hechos plasmados en la acusación, el preacuerdo y el fallo no variaron; la calificación de los hechos fue un acto de parte que era de competencia del acusador, sin que el juez, las partes o los demás intervinientes, para quienes el preacuerdo es vinculante, tengan

interés en controvertirlo. Es el preacuerdo, en su dimensión fáctica y jurídica, el que marca los límites de la sentencia.

En cuanto a que en la imputación se consideraron hechos que no se incorporaron en la acusación, alega que lo relevante es que los hechos sean objeto de pronunciamiento expreso, conforme los términos del preacuerdo. Agrega que no se afectó el principio de legalidad por no deducirse los concursos homogéneos de delitos, pues dicha categoría no está prevista en el Código Penal; el preacuerdo no delimitó con exactitud los concursos, pero sí fue claro en la existencia de un concurso material de prevaricatos por acción y violación ilícita de comunicaciones. Frente a dicha calificación las víctimas, en su momento, no presentaron objeción alguna.

Niega que se hubiera producido un doble beneficio punitivo, pues como el único acordado fue la rebaja de la pena no era, entonces, procedente aplicar en su dosificación el sistema de cuartos. Además, su asistido siempre se ha presentado voluntariamente a la justicia, ha colaborado en las demás actuaciones procesales y ha observado un comportamiento ejemplar. Por tanto, no es justo que se les prohíban las recompensas y beneficios legales *“por medio de acciones como las que nos ocupan”*.

Respecto de la violación al principio de proporcionalidad de la pena, como también lo alegó en su demanda de casación el apoderado de la víctima, manifiesta que la juez aplicó las reglas de

punibilidad que rigen el concurso, empleó el sistema de cuartos y finalmente aplicó la rebaja de la tercera parte de que trata el artículo 352 de la Ley 906 de 2004; el incremento de 37 meses a partir del mínimo resulta justificado, más aun si se considera que se trata de un preacuerdo.

Por último, se ocupó de la demanda presentada por el apoderado del Dr. Iván Velásquez Gómez; así, en lo relativo a la violación de la garantía a conocer la verdad, sostiene que dicha vulneración no se concretó, toda vez que la acusación y el preacuerdo dejan ver que, en lo que tiene que ver con la situación del capitán TABARES MOLINA, nada se excluyó en lo que tiene que ver con el Dr. Velásquez Gómez; además, también la Procuraduría, en materia disciplinaria, ha logrado importantes avances en el descubrimiento de los hechos, en particular porque determinó que fueron integrantes de la Policía Nacional y miembros del CTI, quienes interceptaron al Magistrado Velásquez Gómez. En todo caso, con el presente proceso no se cierran las puertas al conocimiento de los hechos atinentes a *“las chuzadas del DAS”*.

Sobre los cargos restantes, la violación al principio de congruencia y de proporcionalidad de la pena, el apoderado se remite a lo dicho al ocuparse de la demanda del Ministerio Público.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE CONJUECES

Para el efecto de responder a los cargos formulados en las demandas, la Sala, dada la similitud y estrecha relación en la solución de los reproches formulados, habrá de contestar simultáneamente los dos cargos propuestos por el Ministerio Público y los cargos segundo y tercero de la demanda presentada por el apoderado de víctimas, en representación del Dr. Iván Velásquez Gómez. Al final, se ocupará del primer cargo de este último libelo.

1. Cuestión previa: prescripción de la acción penal correspondiente al delito de abuso de función pública

El demandante, en representación del Ministerio Público, solicitó en la audiencia de sustentación de la casación que se decrete la prescripción del delito de abuso de función pública, fenómeno que habría acaecido el 10 de abril de 2014.

Lo anterior, explica el censor, porque si la audiencia de imputación -diligencia que interrumpió el término de prescripción- tuvo lugar el 10 de abril de 2010 y, además, la citada conducta está sancionada con una pena máxima de 36 meses de prisión, entonces el término extintivo es de cuatro años, dado que por ser los procesados servidores públicos aquel corresponde al de la pena máxima, incrementada en una tercera parte. Dicho término, contado desde el 10 de abril de 2010, se consolidó en la misma fecha del año 2014.

No le asiste razón al impugnante en la solicitud formulada, pues pasa por alto que así como el acto de imputación interrumpe el término de prescripción, según así lo dispone el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, el mismo efecto acarrea la emisión de la sentencia de segunda instancia, conforme lo ordena el artículo 189 del mismo estatuto, en los siguientes términos: “*proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años*”. Obsérvese que la norma no hace alusión a la firmeza del fallo de instancia, sino únicamente a su proferimiento, lo cual tiene por objeto evitar al máximo las prescripciones que se consolidan en sede de casación.

Ahora bien, como el artículo 428 de la Ley 599 de 2000, modificado por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, fija en 36 meses la pena máxima para la conducta de abuso de función pública, es cierto que el lapso extintivo con posterioridad a la imputación sería de 3 años (artículo 292 de la Ley 906 de 2004), monto que se incrementa en uno más por haber sido cometidos los delitos en ejercicio y por razón del servicio público (artículo 83, inciso 5°, del Código Penal).

No obstante, el transcurso de ese término de 4 años fue interrumpido por la emisión del fallo del *ad quem* el 31 de mayo de 2011. Así las cosas, resulta más que nítido que el fenómeno extintivo no llegó a consolidarse de la manera en que lo propone el impugnante en representación de la Procuraduría, pues entre la imputación y la emisión de la sentencia de segundo grado apenas transcurrieron 13 meses y 20 días.

Por tanto, la petición prescripción se denegará.

2. CARGOS DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y CARGOS SEGUNDO Y TERCERO DE LA DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE LA VÍCTIMA, DR. IVÁN VELÁSQUEZ

Los Procuradores Delegados sostienen en el *cargo primero* de su demanda, en síntesis, que en la acusación y preacuerdo se omitió deducir los concursos homogéneos de prevaricato por acción y abuso de función pública, los cuales sí fueron imputados fácticamente en la correspondiente audiencia. En el *segundo cargo*, alegan que la omisión de los referidos concursos homogéneos fue el beneficio preacordado, el cual no podía concurrir con la rebaja punitiva de que trata el artículo 352, inciso 2º, de la Ley 906 de 2004. Lo primero, asegura, constituyó violación al principio de congruencia entre lo fáctico y lo jurídico, mientras que lo segundo violó la prohibición de doble beneficio.

A su turno, el recurrente en representación de la víctima DR. IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, formula similares consideraciones en el *cargo segundo* de su escrito; sostiene, además, que el proceso omitió investigar otras conductas que se desprenden de los hechos, tales como peculados, violencia contra servidor público y tortura. Asegura que se dejó de lado hechos como los que denomina “la casa de Nari”, “Job” y “Tasmania”.

Pues, bien, es preciso advertir que en oportunidad anterior la Sala de Casación Penal se ocupó de similares argumentos, formulados por los mismos procuradores judiciales, dentro de un proceso que, al igual que este, cursó por hechos atribuidos a funcionarios del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, asociados a la filtración de información de la Corte Suprema de Justicia, operaciones encubiertas, y la realización de actos de investigación ilegales a diversos servidores públicos, dentro del episodio que la casuística nacional conoce como "*las chuzadas del DAS*" (CSJ, SP, auto de 30 de julio de 2014, rad. 38075).

Dígase, entonces, que no se configura la alegada incongruencia entre lo fáctico y lo jurídico, pues los hechos atribuidos en la audiencia de imputación no fueron variados de ninguna manera y, por el contrario, los mismos fueron mantenidos en la acusación y en los preacuerdos que tuvieron lugar posteriormente. Los hechos allí consignados fueron los mismos sobre los cuales se fundaron las sentencias de instancia.

El argumento de los demandantes es, en últimas, un cuestionamiento a la calificación jurídica que dio el fiscal a los hechos objeto del proceso al momento de fijar su acusación. Los impugnantes no comparten la supresión por el acusador del fenómeno del concurso homogéneo; pero olvidan que la calificación de los hechos es un acto de parte que autónomamente adopta la Fiscalía en ejercicio de su función y que no fue en este caso el producto del preacuerdo, siendo válido

inferir (los impugnantes no acreditan lo contrario) que la calificación así plasmada interpreta los hechos como una unidad de acción y no como un concurso homogéneo.

Al respecto cabe recalcar que el sistema penal acusatorio, en esencia, es un proceso de partes, en el cual la pretensión punitiva está en cabeza del titular de la acción penal, esto es, la Fiscalía General de la Nación. Por tanto, es a la Fiscalía a quien compete analizar y definir la adecuación jurídica de los hechos y, conforme con ella, exponer a través de la acusación su postulación punitiva.

Así lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal:

“La jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.

Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar.

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 27218).

La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado” (CSJ SP, 6 de febrero de 2013, rad. 39892).

Se deriva de lo anterior que la adecuada elaboración de la acusación, en particular la adecuación típica de las conductas, es una responsabilidad que solamente le compete a la Fiscalía y su control, en los términos fijados por la ley, corresponde a los demás intervinientes, no al juez (CSJ SP, sentencias de 13 de diciembre de 2010, rad. 34370 y 18 de abril de 2012, rad. 38256, entre otras).

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (CSJ SP, 6 de febrero de 2013, rad. 39892, reiterado en auto de segunda instancia del 14 de agosto de 2013, rad. 41375) ha decantado su postura en el sentido de que la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los

intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.

De allí se deriva que la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar. 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. 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 (CSJ, SP auto del 16 de mayo de 2007, rad. 27218).

Así las cosas, la inclusión o exclusión de delitos y su *nomen iuris* compete a la Fiscalía; sobre ese acto de parte no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado. En estos términos lo ha precisado la jurisprudencia:

“Por lo tanto, so pretexto de no compartir la adecuación de los hechos con el nomen iuris que provisionalmente presenta la Fiscalía en la acusación para efectos de definir

competencia y marcar los derroteros procesales del juicio, no puede la defensa, ni nadie, discutir en la audiencia de formulación de acusación que esos hechos corresponden a otra adecuación típica, y anticipar de manera improcedente el debate en torno de la tipicidad, propio del juicio, a un momento en que no se cuenta con los elementos de convicción necesarios para decidir.

La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio.

Permitir que el juez intervenga en la definición del nomen iuris de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la Fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la Fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal (CSJ, SP, auto del 6 de mayo de 2009, rad. 31538, postura reiterada en sentencia de segunda instancia del 14 de agosto de 2013, rad. 41375).

Es claro, entonces, que el juez no tiene competencia para cuestionar la imputación efectuada por el fiscal, como que ese acto es propio del titular de la acción penal. Por tanto, allegado el escrito de acusación o el acta de allanamiento que, aceptada,

equivale al mismo, el juez de conocimiento tiene limitada su participación, como que, tratándose de un acto voluntario y libre de aceptación de la imputación, debe aceptarlo y convocar a la audiencia para individualizar la pena, según lo consagra el inciso final del artículo 293 procesal (CSJ, SP auto del 6 de mayo de 2009, rad. 31538).

Así, presentada la acusación, al juez de conocimiento solamente se le permite realizar sobre ella un examen formal, sin que le sea permitido verificar aspectos de fondo (CSJ, SP, auto del 27 de junio de 2012, rad. 39296), que de necesidad incluyen el proceso de adecuación típica; lo anterior, en el entendido de que la intervención de que trata el artículo 339 de la Ley 906 del 2004 para hacer observaciones a la acusación y pedir a la Fiscalía que aclare, corrija o adicione el escrito acusatorio, está dada para partes e intervinientes, no para el juez, pues en un sistema de contrarios, donde las partes pretenden que ese juzgador construya la verdad a partir de sus argumentos y pruebas, precisamente el funcionario judicial debe estarse a esos planteamientos y desde ellos formar su juicio, luego no puede inmiscuirse en ese debate, según se dijo en sentencia del 18 de abril de 2012 (radicado 38.020).

Conforme los lineamientos precedentes, es preciso concluir que la denominación jurídica de las conductas punibles, así como su consideración como delito individual, o bien concurrente con otros de su misma especie, o la selección de una u otra categoría dogmática es prerrogativa de la Fiscalía.

Así las cosas, se observa con claridad que el reproche de los casacionistas resulta inocuo, pues se contrajo a la calificación jurídica que de las conductas realizó la Fiscalía, quien no mencionó en su acusación la presencia de un concurso homogéneo de conductas punibles y dejó de lado hechos constitutivos de otros delitos adicionales.

Ahora bien, aun cuando es verdad que en la acusación y en el preacuerdo, al igual que en la sentencia dictada de conformidad con aquellos, el sentenciador no mencionó el concurso homogéneo y sucesivo que echan de menos los impugnantes, no lo es menos que dichas piezas procesales – acusación, preacuerdo y sentencia- sí advirtieron que cada uno de los delitos imputados se concretó en plurales conductas; es así como, de manera casi idéntica, en ellas al unísono se hace referencia a las mencionadas órdenes 014 de 2008 y 179 de 2007, a múltiples actos ilegales de investigación, órdenes verbales e interceptaciones de comunicaciones.

Que el fiscal, al plasmar todos los hechos que configuraron cada una de las descripciones típicas concurrentes, no los cobijara bajo la figura del concurso homogéneo no desborda la competencia que solamente a él le correspondía de tipificar los comportamientos. Lo relevante fue que la acusación, el preacuerdo y el fallo abarcaron todos los comportamientos objeto de acusación, independientemente de que la Fiscalía los denominara de uno u otra forma, o bien lo acogiera en una u otra categoría dogmática.

De igual manera, resulta evidente que su prerrogativa como parte le permitía dejar de considerar otras conductas, quedando a salvo la facultad que le asiste al interesado de promover respecto de ellas las actuaciones que estime del caso.

Y aun cuando no es del caso que esta Sala, ahora en sede de casación, intente un nuevo control de la acusación o verificación del preacuerdo –en abierto desconocimiento del principio de preclusión de las etapas procesales–, de todos modos no puede dejar de advertir que la determinación de la Fiscalía no es irracional, pues si, como se dejó dicho en el proceso repetidamente desde la audiencia de imputación hasta el fallo, los hechos se refieren a la acción de una “*empresa criminal*” creada al interior de una institución estatal, surge lógico entonces que la realización de todas las conductas constitutivas de un mismo delito hubiera obedecido a una unidad de designio –como así lo reseña la fiscalía no recurrente en su intervención en la audiencia de sustentación de la casación–, lo que eventualmente descartaría el concurso homogéneo.

De lo anterior se sigue que la calificación dada por la fiscalía a las conductas dejando de lado el concurso homogéneo obedeció al ejercicio autónomo de su función acusadora y no –como así lo creen los Procuradores Judiciales en el *cargo primero* de su demanda y el representante de la víctima Dr. Iván Velásquez Gómez en el *segundo* de la suya, al preacuerdo celebrado con la defensa.

Vistas así las cosas, resulta evidente que no se concedió un doble beneficio por cuenta de la terminación del proceso por vía del preacuerdo, afirmación sobre la cual el Ministerio Público funda el segundo cargo. La fiscalía, por sí y ante sí, resolvió acusar de la manera en que ya se ha detallado y fue esa acusación la que decidieron aceptar los procesados. Al comparar el contenido del escrito de acusación y el preacuerdo celebrado con posterioridad a su presentación aparece claro que por parte alguna se pactó la exclusión del concurso homogéneo.

De manera que una vez fijados los delitos que serían objeto de controversia y su tratamiento dentro de un concurso heterogéneo (y no homogéneo) el acusado por vía de preacuerdo decidió admitir su responsabilidad: pero no a cambio de variación alguna de las conductas que implicara una reducción en la sanción a imponer, o de la eliminación de un cargo específico, la exclusión de una causal de agravación o la tipificación de una conducta de determinada forma. No. El preacuerdo consistió en la determinación anticipada de la pena.

Por manera que el reclamo formulado por los Procuradores Judiciales en el *segundo cargo* de la demanda de casación carece de sustento, pues erradamente los demandantes parten de suponer que la renuncia al concurso homogéneo fue producto de una contraprestación al preacuerdo suscrito.

Del preacuerdo se extrae que el beneficio recayó en la individualización acordada de la pena, en los términos previstos

en el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 (rebaja de una tercera parte), para quedar finalmente fijada en 8 años para LAGOS LEÓN y en 8 años y 2 meses para TABARES MOLINA.

Ahora bien, como el beneficio por el preacuerdo se contrajo únicamente a la determinación de la pena, era lo procedente –y efectivamente así lo hizo el juzgador– identificar cómo se llegó a su individualización final.

Fue así como en el preacuerdo la Fiscalía elaboró normalmente el ejercicio de dosificación (como si no se hubiera celebrado el preacuerdo) y, tras aplicar las reglas que rigen la punibilidad en el caso del concurso de delitos, concluyó que la pena de prisión que les correspondería a LAGOS LEÓN y a TABARES MOLINA sería de 144 y 147 meses, respectivamente. Hasta allí no se evidenciaba nada distinto a la dosificación punitiva que ordinariamente correspondería.

Luego, sobre esos montos dedujo la tercera parte de que trata el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, que se refiere a la rebaja que opera por razón del preacuerdo que tiene lugar con posterioridad a la presentación de la acusación: tal fue el único beneficio acordado, y fue así como se llegó a las penas pactadas de 8 años y 8 años y dos meses.

Que el incremento realizado por la Fiscalía sobre la pena del delito base (concierto para delinquir agravado) hubiera sido de 11 y 14 meses por razón de las reglas que rigen la concurrencia de delitos (artículo 31 del Código Penal), configura un ejercicio de

dosificación que se ajusta a los parámetros legales y a la discrecionalidad reglada que le asiste al funcionario acusador en estos casos. Sobre dicho ejercicio, el demandante que representa a la víctima, Dr. Iván Velásquez Gómez, no acredita un yerro evidente y trascendente, más allá de enseñar su discrepancia con la pena fijada, por estimar que la misma no reflejó la gravedad del hecho (*tercer cargo*).

Al respecto, es preciso decir que el fallo no desconoció por parte alguna la gravedad de los hechos. En primer lugar, porque gracias a la concurrencia de una causal de mayor punibilidad (artículo 58-12 de la Ley 599 de 2000) la pena privativa de la libertad no fue fijada en el mínimo legalmente establecido, y ni siquiera dentro del cuarto inferior, sino dentro del primer cuarto medio, es decir, 37 meses por encima del mínimo previsto en la norma.

Véase, adicionalmente, cómo el *ad quem*, con relación a la individualización de la pena, consideró los siguientes fundamentos:

“[el] grave daño no solo a la institucionalidad y a la democracia sino a la sociedad en general y a las víctimas en particular pues, frente a lo primero, se perdió la credibilidad en el estamento de seguridad involucrado, Departamento Administrativo de Seguridad, y se desprestigió la administración de justicia representada en su máxima autoridad y, de cara a lo segundo, porque se vieron abocados al desmoronamiento de sus derechos fundamentales”.

“De la misma manera, el proceder de Jorge Alberto Lagos León y Fernando Alonso Tabares Molina reflejó alta intensidad de dolo, pues conforme a la experiencia y conocimiento de la actividad de dirección y coordinación investigativa que

cumplían en el Departamento Administrativo de Seguridad, se aprovecharon de ella en procura de obtener el ilícito fin, cual no era otro que desprestigiar a la administración de justicia para que se perdiera la credibilidad en sus decisiones, e igual desacreditar a los opositores del Gobierno Nacional, circunstancias que surgen supremamente reprochables en el ámbito social y develan la voluntad de actuar en contravía de las normas penales, precisamente, al dar apariencia de legalidad a un comportamental que no lo era”.

Pero, de manera simultánea, como le era exigible, consideró otras circunstancias que obraban a favor de los confesos sentenciados, y así las enunció: *“la no evasión por parte de [LAGOS LEÓN y TABARES MOLINA] a los requerimientos de la administración de justicia por este proceso, la autorización voluntaria para que los interrogatorios que se les realizaron sean descubiertos y utilizados como elemento material probatorio en otros procesos adelantados por estos mismos hechos, en su compromiso para servir de testigos y su sincero arrepentimiento”.*

Por lo tanto, resulta evidente que en la dosificación de la pena tuvieron incidencia precisos criterios de mayor reprochabilidad, los cuales fueron sopesados junto a otros de menor punibilidad, ejercicio que explica la determinación final de la sanción, sin que en ello se observe ilicitud alguna.

No se puede desconocer que la decisión de instancia fue insistente en subrayar la gravedad intrínseca de las conductas: el juzgador fue explícito al insistir en que en un organismo de inteligencia del Estado, el extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, se fraguó una empresa criminal encaminada

a obtener ilícitamente información reservada sobre diversos temas de interés para el entonces Presidente de la República y poner en entredicho la reputación y buen nombre de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos el magistrado auxiliar Dr. Iván Velásquez Gómez, así como de los entonces senadores Gustavo Petro Urrego y Piedad Esneda Córdoba, todo ello, a través de múltiples mecanismos abusivos, contrarios a derecho y violatorios de derechos y garantías fundamentales, y cuyos resultados eran reportados a diversos funcionarios de alto nivel de la Presidencia de la República.

Así, pues, la levedad de la pena de prisión que pregona el censor, en representación de la víctima, no se debe a que el sentenciador hubiera desconocido la gravedad y trascendencia de los hechos, sino que resulta ser una de las consecuencias del sistema premial, propio del régimen penal de tendencia acusatoria, conforme el cual el acusado o imputado puede incidir en el resultado del proceso.

En el caso presente es indispensable considerar que el aparente sacrificio de la legalidad de la pena encuentra su contraprestación en la obligación que asumieron los procesados de colaborar en el establecimiento de la verdad en otras actuaciones que se siguen contra otros servidores del DAS, verdad que es precisamente la que reclama el demandante en representación de la víctima.

En conclusión, los cargos de la demanda presentada por los agentes del Ministerio Público y los cargos segundo y tercero del libelo suscrito por el apoderado del Dr. Iván Velásquez Gómez *no prosperan*.

Primer cargo formulado por el representante de la víctima

El impugnante sostiene que la sentencia violó el debido proceso, en la medida en que la imputación formulada por la fiscalía desconoció el derecho de la víctima a saber la verdad. Lo anterior, porque no se relataron detalladamente las causas móviles, contexto sociopolítico en que ocurrieron los delitos y la participación de otras personas; además, no se especificaron los delitos cometidos contra el Dr. Iván Velásquez Gómez.

El cargo no prospera por las siguientes razones.

Se dijo en precedencia que a la fiscalía le compete de manera exclusiva y excluyente fijar los términos fácticos y jurídicos de la acusación, esto es, determinar cuál es la verdad histórica que habrá de defender y demostrar en el juicio. Por otra parte, se estableció que la figura del preacuerdo o negociación supone la injerencia del imputado o acusado en el resultado de su proceso; a través de esta modalidad del derecho premial, propia del proceso penal de tendencia acusatoria, el procesado contribuye a delimitar ese marco factual y jurídico, sin que en ello tenga mayor incidencia el juez del conocimiento o la representación de las víctimas, como

no sea que el preacuerdo vulnere de manera ostensible sus derechos y garantías.

Lo anterior no acarrea una hipotética desprotección de las víctimas, toda vez que, según se mencionó, la defensa de sus intereses está a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Ahora bien, sin desconocer que a la víctima le asiste el derecho a obtener verdad, justicia y reparación, ese derecho debe entenderse ajustado a los principios del sistema acusatorio.

De allí que la participación de la víctima en un modelo adversarial ha sido condicionada a la coherencia propia del esquema acusatorio. Por ello, postulados conceptuales como los delineados en la sentencia C-228 de 2002, proferida por la Corte Constitucional, han de entenderse desde la hermenéutica de la legislación vigente para ese momento y concertados con la configuración operativa de la Ley 906 de 2004.

Es así que los derechos de las víctimas, en el preciso contexto de la justicia premial, tienen ciertos límites, en la medida en que dicho '*interviniente especial*' está excluido de participar en el aludido mecanismo –los preacuerdos– que solamente compete al acusador y al acusado y, por consiguiente, aquel no puede convertirse en una suerte de *segundo acusador*, como así ocurriría si se le permitiera fijar la verdad de los hechos en un trámite que es de exclusiva competencia del procesado y la fiscalía, pues tal atribución sería análoga a la de defender su propia teoría del caso distinta a la del fiscal, lo que, una vez más, no le corresponde (CSJ, SP, 23 de abril de 2008, rad. 29542).

Conviene recordar que la Corte Constitucional ha enfatizado en que *“la participación de la víctima como acusador adicional y distinto al Fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio”*, y ha precisado que las atribuciones de la víctima y su representante dependen de la etapa procesal de que se trate y, precisamente, la confesión del imputado o acusado que se produce en la configuración del preacuerdo no prevé la participación de la víctima (Corte Constitucional, C-209 de 2007).

No significa lo anterior que la víctima quede desprotegida, pues naturalmente le asiste el derecho de concurrir a la diligencia de reparación integral que tiene lugar con posterioridad a la emisión de la sentencia, diligencia en la que podrá formular sus pretensiones resarcitorias de cualquier índole.

Un reclamo como el que formula el demandante parece corresponder mejor a la pretensión de verdad inherente a los procesos regidos por la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, en los que este elemento constituye una exigencia para materializar el objetivo superior de la reconciliación nacional, sobre la base de la revelación detallada de todas las circunstancias en que se cometieron las conductas punibles a las que dicho estatuto está destinado.

En contraste, el proceso regulado por la Ley 906 de 2004, por razón de su carácter adversarial o de partes, admite que por virtud

de la figura del preacuerdo y negociación, y conforme los lineamientos legales y de política criminal, la verdad obtenida no sea tan completa como la que sería factible deducir si se llevara a cabo un juicio oral, con una práctica probatoria bajo el principio de inmediación, práctica a la cual se renuncia en beneficio de intereses superiores constitucionales.

Todo lo anterior permite inferir que escasa legitimidad le asiste en este caso a la víctima para cuestionar la manera como la fiscalía y los procesados resolvieron, a través del preacuerdo, plasmar los hechos objeto de la sentencia, los cuales, en todo caso, no dejan de advertir los detalles y el contexto factual que echa de menos el impugnante.

En efecto, véase cómo las circunstancias que, en sentir del censor, no fueron tenidas en cuenta, tales como la participación de los procesados en los reatos atribuidos, la injerencia de sus cargos en la realización de los mismos, la relación de los hoy sentenciados con otras personas y las actividades de las víctimas, en realidad sí fueron consideradas en la sentencia.

La pretensión del casacionista, quien considera que la verdad que recoge la decisión impugnada no corresponde a lo ocurrido, pasa por alto que aquella en verdad abordó los asuntos que estima omitidos.

El fallo menciona de manera precisa, como así lo pide el censor, que los funcionarios del entonces Departamento

Administrativo de Seguridad conformaron una verdadera empresa criminal que, en obediencia a las órdenes impartidas en aquel entonces por su directora María del Pilar Hurtado y desde la Presidencia de la República, con la intervención de otros funcionarios del Ejecutivo los cuales aparecen citados por sus nombres, se emprendió una persecución, seguimiento, campaña de desprestigio e infiltración en contra de diversos personajes de la política nacional, así como de servidores de las altas cortes, entre los que se contó el Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal, Dr. Iván Velásquez Gómez.

A lo anterior, la sentencia impugnada agrega una detallada descripción del organigrama del Departamento Administrativo de Seguridad, con la mención de los funcionarios superiores y subalternos del Director de Inteligencia y del Subdirector de Contrainteligencia, que se involucraron en las prácticas ilícitas.

Por otra parte, es pertinente insistir en que la sentencia en verdad satisface los reclamos del recurrente extraordinario, en la medida en que hace eco de las aseveraciones del entonces Magistrado Auxiliar Dr. Velásquez Gómez, en cuanto reportó los hallazgos de la investigación adelantada contra servidores del DAS, por razón de la filtración de información de la Corte Suprema de Justicia; además, aquellos correspondientes a la investigación surtida ante dicha Corporación contra la parlamentaria Nancy Patricia Gutiérrez, así como su señalamiento como '*blanco político*'.

También se relacionan en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, entre otros elementos de juicio, los comentarios del Magistrado Auxiliar, Dr. Velásquez Gómez, sobre la existencia de pruebas de audio que comprometían a la entonces directora de DAS en la emisión de órdenes encaminadas a realizar seguimientos a servidores judiciales, a conocer los avances de las investigaciones tramitadas por la Corte Suprema relacionadas con la *'parapolítica'* y *'farcpolítica'*, su postura manifestada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como lo referente a la interceptación de sus teléfonos, la existencia de fotografías de su residencia, el conocimiento de sus movimientos y los de su familia, e igualmente la información suministrada por fuentes sobre su núcleo familiar.

Todo lo anterior fue largamente reseñado por esta Sala de Conjuces en el resumen del fallo de segundo grado elaborado en acápite anterior. Allí queda claro que la providencia impugnada detalló la situación particular de la víctima, Dr. Iván Velásquez Gómez, motivo por el cual ningún objeto tendría la invalidación deprecada para que se ahonde, aún más, en aspectos que la sentencia evidentemente no pasa por alto.

La extensa exposición que hiciera el Tribunal sobre todos y cada uno de los hechos desplegados por funcionarios del DAS que afectaron al Magistrado Auxiliar Dr. Iván Velásquez Gómez impide admitir el argumento de la demanda de casación, según el cual se violó el derecho de la víctima a conocer la verdad de lo ocurrido, por cuanto se habrían omitido todos los aspectos que permitieran la

reconstrucción real de los graves hechos por los que fueron sentenciados los procesados.

Y aun cuando puede decirse que en el conjunto de acciones de corrupción en torno a lo que se ha denominado “*las chuzadas del DAS*” no todo está dicho, lo cierto es –como así lo pone de presente la Fiscal Delegada en su intervención en la audiencia de sustentación de la casación- que la verdad sobre ese episodio desestabilizador de la institucionalidad se encuentra en construcción dentro de cada una de las actuaciones penales y disciplinarias tramitadas contra diversos servidores públicos. Por tal motivo, no es del caso exigir que mediante un preacuerdo celebrado en dos casos particulares salgan a relucir todos los hechos, motivaciones y responsables, que caracterizaron este complejo panorama.

El cargo no prospera.

Contra este fallo de casación no procede ningún recurso.

Comuníquese esta sentencia a las entidades de vigilancia y control.

En mérito de lo expuesto, esta *SALA DE CONJUECES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

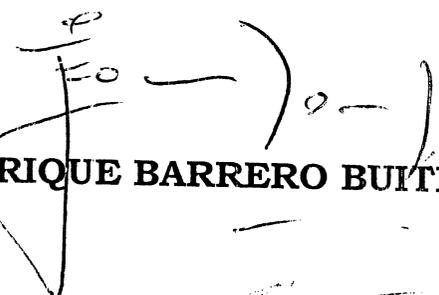
Contra la anterior determinación no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase.

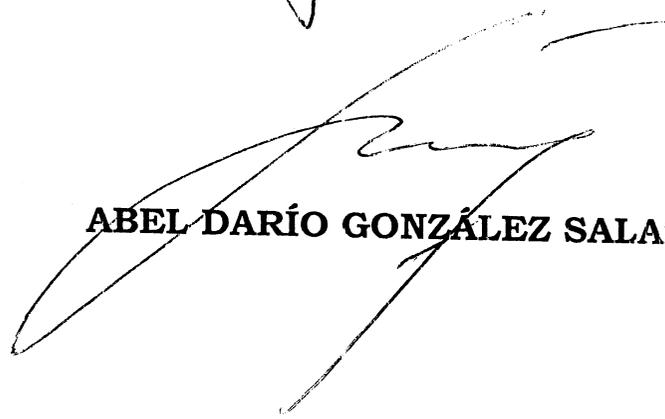


ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA

Con aclaración de voto



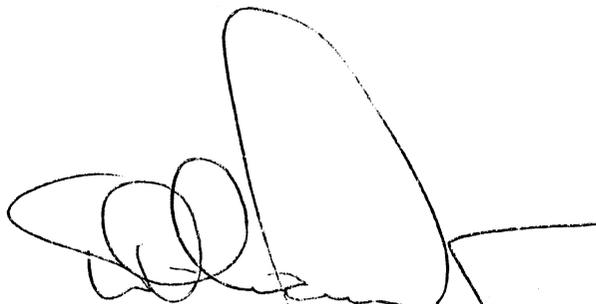
JAVIER ENRIQUE BARRERO BUITRAGO



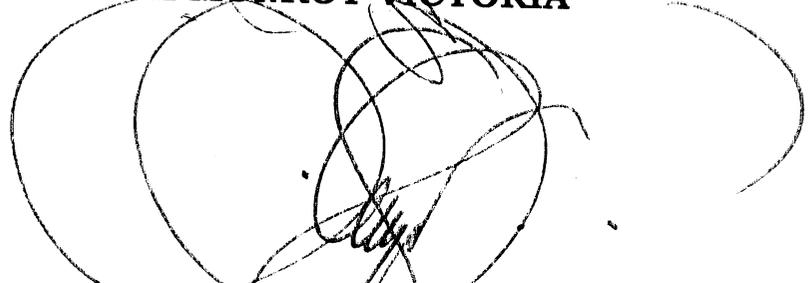
ABEL DARÍO GONZÁLEZ SALAZAR

Mauricio Luna Bisbal
MAURICIO LUNA BISBAL

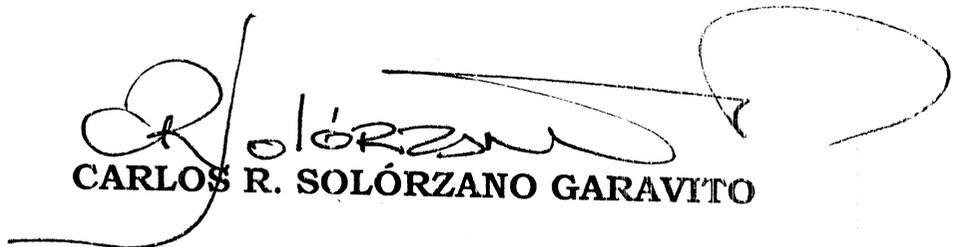
con aclaración de voto



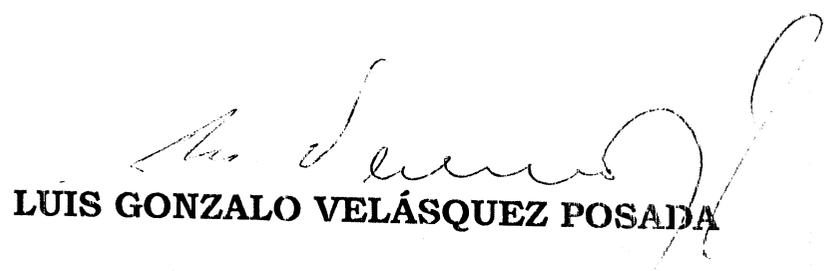
WILLIAM MONROY VICTORIA



JULIO ANDRÉS SAMPÉDRO ARRUBLA
Con Aclaración de voto.



CARLOS R. SOLÓRZANO GARAVITO



LUIS GONZALO VELÁSQUEZ POSADA



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Casación 37.076

No obstante estar de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia, por encontrarla ajustada a la letra de la ley, aprovecho la ocasión para expresar en esta aclaración de voto, ciertas inquietudes e interrogantes, teniendo en cuenta principios elementales del derecho constitucional y del derecho procesal, los cuales infirman algunas interpretaciones muy comunes en torno al sistema acusatorio, entre funcionarios judiciales de todos los niveles. Lo resumo así, sin que lo anterior me conduzca a una posición de salvamento de voto:

- Se le ha dado a la Fiscalía una condición de parte, la cual por naturaleza no tiene;
- Se ha marginado a la víctima, privándola de su condición de parte, la cual por naturaleza tiene;
- Se ha reducido la intervención de la víctima a un aspecto indemnizatorio, en detrimento de lo moral;
- Se han creado unas palabras y una mentalidad "adversarial" y "premio", las cuales no existen en la lengua castellana ni en la concepción del Estado Social de Derecho;

- Se ha fragmentado el equipo humano y con ello se ha eliminado la posibilidad de mejores resultados jurídicosociales;
- Se ha disminuido el grado de cohesión social;
- Se ha producido un enfrentamiento entre decisiones de la Sala de Casación Penal y la Corte Constitucional.

El siguiente es un breve desarrollo de estas ideas:

- **EL CONCEPTO DE PARTE**

Quizá quien mejor ha definido el concepto de parte, así sea de manera perogrullesca, ha sido el maestro Francesco Carnelutti cuando afirmó que la angustia de ser parte es precisamente porque es apenas una parte, pero no es el todo. Y ¿de dónde nace esa "angustia"?

La angustia nace de la posibilidad de afectación personal con la decisión judicial.

- **EL CONCEPTO DE ATINENCIA**

Esa posibilidad de afectación personal con la decisión judicial se llama atinencia. En otras palabras, es una afectación personal con vocación de fuerza vinculante como individuo, bajo el alcance de cosa juzgada.

- ¿Quiénes tienen angustia y atinencia?

Sólo los vulnerables individualmente considerados: sindicatos y víctimas.

- ¿Quiénes no tienen vulnerabilidad jurisdiccional?

Los demás sujetos procesales diferentes al sindicato y a las víctimas: el juez, el fiscal, los peritos, los testigos, el ministerio público, los agentes especiales, los traductores, etc.

- **ERRORES DEL CÓDIGO Y DEL SISTEMA ACUSATORIO**

La Fiscalía General de la Nación es un sujeto procesal muy importante como quiera que es el impulsor de la investigación y de la acusación, tal como en el Código de 1.938 lo era el juez de instrucción criminal, pero no es una parte: no tiene ni angustia ni atinencia

- **LA PARTE ES IMPERMEABLE A CUALQUIER MARGINACIÓN**

Sin que las dos partes naturales, sindicato y víctimas, estén presentes, el debate es incompleto y la controversia corre el inminente riesgo de anemia pues los sujetos procesales con angustia, afectación personal y alcance individual con fuerza

de cosa juzgada, constituyen la fuente natural de donde brota el elemento probatorio.

- **EL SISTEMA ACUSATORIO MARGINA A LA VÍCTIMA Y DESTRUYE UNA FUENTE PROBATORIA NATURAL**

En este sistema, enfocado a una justicia rápida pero no óptima, casi siempre la víctima se ha marginado al escenario tardío y en veces estéril del llamado incidente de indemnización de perjuicios.

- **EL SISTEMA ACUSATORIO TIENE UNA REDUCCIÓN MATERIAL O ECONÓMICA DE LA DIGNIDAD DE LA VÍCTIMA**

Cuando la participación de la víctima se limita al incidente de reparación, se está diciendo de manera equivocada que lo que prima es el daño material pero no el moral.

- **EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO PERMITE UNA SANA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO**

Con el sistema acusatorio se ha acuñado una palabra muy sonora y que está haciendo vertiginosa carrera para ser aceptada:

"ADVERSARIAL".

Se dice que el sistema acusatorio es "adversarial", palabra que no existe en la lengua oficial del castellano.

Con este adjetivo, se consolida la talanquera para el ingreso de la víctima pues se entiende que los adversarios o partes son el fiscal, titular de la acción, y el sindicato, contraparte del fiscal.

En un Estado Social de Derecho, nada debe ser "adversarial" y nadie debe ser adversario. Todos los sujetos procesales deben dirigir sus esfuerzos para aportar luz y para que la decisión final sea la más justa y adecuada.

Los funcionarios y todos los sujetos procesales deben sentirse trabajando para el mismo logro. Sólo así, con trabajo en equipo se logra la llamada Sinergia para que el resultado total sea superior a la suma de las partes. No debe haber vencedores ni vencidos. Todos coequiperos.

Por otra parte, también se ha creado la palabra "premier" para designar así la justicia en la cual el fiscal "negocia" la adecuación típica y la pena correspondiente, cuando hay aceptación de cargos y de sentencia anticipada.

Lo primero, al igual que con la expresión "adversarial", la palabra "premier" tampoco existe en la lengua castellana.

A más de lo anterior, es obvio que en los juicios penales no se dan "premios"; tan solo descuentos punitivos.

Lo más delicado en este terreno de los premios es que con la aceptación de responsabilidad el fiscal investigador generalmente corta de tajo su labor investigativa, dejando abierta la posibilidad para la comisión de un fraude procesal ya que se puede confesar un delito menor para evitar imputaciones, acusaciones y condenas por delitos mayores.

La pregunta que surge es esta: en un Estado Social de Derecho, un acuerdo de esta naturaleza ¿tiene la capacidad jurídica para disminuir el alcance y los efectos de la función jurisdiccional, tarea pública por antonomasia?

- LA SINERGIA Y LA HOMEOSTASIS

El trabajo en equipo es lo que da estabilidad a una nación. En palabras especiales de la teoría de los sistemas, es la sinergia cuanto permite la homeostasis.

Obviamente, el Estado Social de Derecho es lo que garantiza la permanencia del sentimiento aglutinante de la nación.

En palabras del filósofo español José Ortega y Gasset, la nación nunca está hecha; siempre está haciéndose o deshaciéndose según constituya o no una empresa vivaz.

Y ese mantenimiento de la cohesión social depende directamente de la labor jurisdiccional.

- ECLOSIÓN DE FALSOS TESTIGOS

A raíz del enfoque pugilístico o “adversarial” y “premio” dado por una gran mayoría de intérpretes, inspirados quizá en una cultura de confrontación física, la pelea entre fiscales y defensores ha originado una eclosión de testigos falsos porque se considera en mal momento que lo importante es ganar ante el contrincante pero no ganar la Justicia ni la Sociedad.

En la actualidad, la propia Fiscalía ha denunciado la existencia de un cartel de testigos falsos, llamado también por algunos académicos, como fábrica de testigos falsos y se calculan en cifra aproximada a los 3000 infractores, bajo los datos de criminalidad aparente sin tener en cuenta la criminalidad oculta para consolidar una cifra de criminalidad real.

Lo anterior explica en buena parte el colapso de la Justicia con el sistema acusatorio, más conocido con desdén en el argot callejero como sistema “aplazatorio”.

Se pretendió una Justicia rápida y no solamente no se logró sino que se ha deteriorado la función teleológica de la Justicia.

Puede concluirse con la siguiente analogía: la comida rápida es a la buena comida como la Justicia rápida a la buena Justicia.

Se impone un cambio de paradigma en el cual no se busque con lupa al culpable sino se busquen equilibrios sociales.

- ENFRENTAMIENTO ENTRE DECISIONES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

Tal como está interpretado el sistema acusatorio, se ha llegado a la situación insólita de producirse sentencias de la Corte Constitucional como la C 454 del 7 de junio de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, para permitir las solicitudes probatorias de la víctima durante la audiencia preparatoria, mientras que de otra parte esta facultad ha sido negada mediante Auto de diciembre 7 de 2011, Radicación 37.596, Magistrado Ponente: José Luis Barceló.

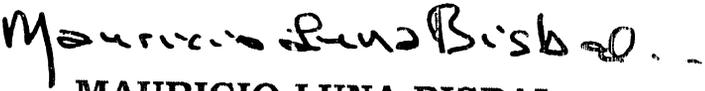
Hay en el fondo una reforma jurisprudencial ante una interpretación exegética del concepto de parte en cabeza de la Fiscalía.

- CONCLUSIÓN

En conclusión, y destacando el loable esfuerzo del Conjuez ponente, doctor Luis Gonzalo Velásquez Posada, suscribo la presente decisión de la Corte por cuanto la parte resolutive

administra justicia en forma correcta y respeta la colaboración eficaz de los sindicatos ante la tarea de la Fiscalía, cuyo desconocimiento quebrantaría la buena fe en la invitación para suministrar información definitiva a la autoridad.

Fecha ut supra,


MAURICIO LUNA BISBAL

Conjuez

ACLARACIÓN DE VOTO

Casación 37.076

Si bien manifiesto mi acuerdo con la parte resolutive de la sentencia, resulta oportuno hacer algunas precisiones, sobre aspectos contenidos en la parte motiva y que en mi concepto constituyen elementos fundamentales en la interpretación del llamado Sistema Acusatorio del proceso penal. Dejo planteada mi aclaración de voto en los siguientes términos:

En primer lugar debo referirme a la manifestación que la sentencia hace en el sentido que el proceso penal colombiano es el denominado "sistema de partes" o "sistema adversarial". Si bien es cierto en diferentes ocasiones se ha utilizado estos términos como conceptos idénticos, en mi concepto, pertenecen a planos diferentes y particularmente en lo que concierne a la búsqueda de la verdad en el proceso penal, tema que resulta de especial importancia en la decisión que se ha adoptado por mayoría.

En efecto, en el sistema acusatorio la verdad es producto del consenso que se produce como consecuencia del encuentro dialogal entre las partes e intervinientes en el escenario judicial, mientras que en el sistema adversarial, la verdad deviene del enfrentamiento (confrontación activa y agresiva) o contradicción entre las partes (acusador y defensor) sin permitir que participen otros intervinientes. El sistema colombiano ha adoptado, en mi criterio, un esquema de proceso penal que obedece a una fórmula acusatoria en sentido amplio que permite la participación en el escenario judicial de las partes enfrentadas y otros intervinientes, entre los cuales se encuentran las víctimas.

Es en este escenario, de un sistema acusatorio amplio, en el que las víctimas, como intervinientes, son titulares de las garantías a saber, a la justicia y a la reparación, y por tanto pueden participar activamente en el proceso en lo que directamente afecte sus intereses y pretensiones.

En segundo lugar, respetuosamente me permito discrepar de la opinión de la mayoría cuando sostiene que la víctima, como "interviniente especial" está excluida de participar en el mecanismo procesal de los preacuerdos, por cuanto este solo compete al acusador y acusado.

Si bien es cierto, la víctima no puede convertirse en un segundo acusador y no puede plantear en el proceso una teoría del caso diferente de la del fiscal, no es menos cierto que en su condición de interviniente, en busca de la verdad producto del dialogo y el consenso, tiene derecho a participar en los preacuerdos para que sus intereses sean tenidos en cuenta y sus derechos le sean respetados.

En efecto, el Art. 11 del C. de P.P. ordinales d, e y f, faculta a la víctima para participar en todas las etapas del proceso penal, ser oída, conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual ha sido víctima y a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional de la persecución del injusto. Todo esto en el marco de la Justicia Restaurativa, concepto que es transversal al proceso y determina una lectura alternativa del mismo.

De acuerdo con lo anterior, la Justicia Restaurativa constituye una visión del sistema penal que, sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aun a ellos mismos; y por la otra, involucrar más partes en respuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al estado y al

infractor, incluye también víctimas y a la comunidad. En pocas palabras, la Justicia Restaurativa, valora en forma diferente el éxito frente al conflicto, en vez de medir cuanto castigo fue infringido, establece si los daños son reparados o prevenidos.

La justicia restaurativa tiene como punto de partida el reconocimiento de que las víctimas son una realidad presente que habla de las injusticias del pasado y obliga a tomar en cuenta sus derechos como el camino obligado a seguir para la construcción de una sociedad más humana; es una propuesta que propende por el diseño de una justicia de las víctimas sin venganza que fije su mirada en el sufrimiento de los inocentes, en la reparación del daño ocasionado voluntariamente y la proyecte como un valor superior, condición ineludible de la paz. Esta visión de la justicia hace que el proceso, de ser un espacio irreal, deshumanizado y excesivamente dogmático, pase a ser un escenario para el encuentro víctima-victimario, un espacio para el testimonio que creativamente enlaza la experiencia pasada y la presente, y la proyecta a un futuro para que el pasado no quede en el olvido, y para que aquel que recibe la experiencia pueda rehacerla y aprender de ella.

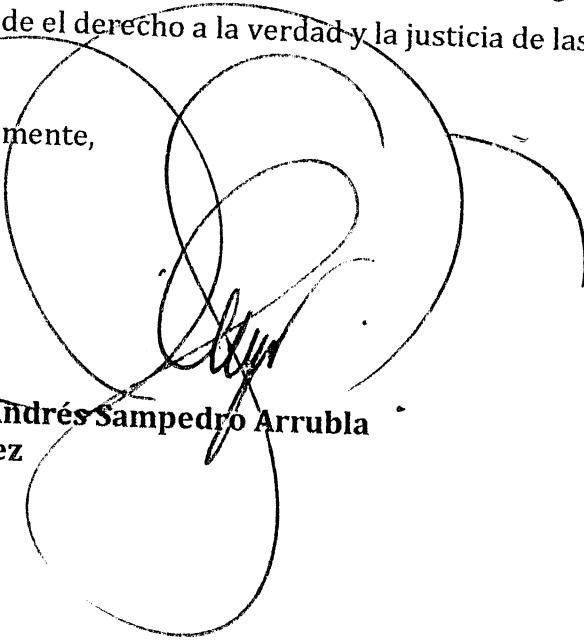
La Justicia Restaurativa busca acercarse a esa visión inédita de la justicia en la que sin pretender hacer sufrir al victimario, este reconozca su crimen, y restaure el daño causado a las víctimas directas e indirectas. Pensar la justicia en una dimensión restaurativa significa reconocer a las víctimas como protagonistas del delito, el cual, sin dejar de considerarse como una conducta que pone en peligro o vulnera un bien tutelado por el Estado, se considera primordialmente como un conflicto humano que requiere ser superado, no mediante el castigo sino por la sanción constructiva.

En este sentido, el Art. 348 del C. de P.P. fija, con sentido restaurativo, las finalidades de los preacuerdos, facultando a las víctimas, como lo sostiene la Corte Constitucional (Sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, M.P. Jaime Cordoba Triviño) a intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado,

para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.

Negar esta posibilidad a las víctimas afecta la garantía a un recurso judicial efectivo y por ende el derecho a la verdad y la justicia de las víctimas.

Atentamente,



**Julio Andrés Sampredo Arrubla
Conjuez**

Aclaración de voto

El conjuer que presenta el siguiente escrito de aclaración de voto, expresa su acuerdo con la decisión tomada por la sala de conjuerces, manifiesta en la parte resolutive de la providencia. No obstante, considera pertinente hacer referencia a aspectos centrales materia del debate sustancial, procesal y de política criminal, ventilados en el presente caso.

Dos temas fundamentales ocupan el escrito de aclaración de voto.

El primero de ellos: el aspecto, hoy, central en la discusión político-criminal, de la búsqueda de la *verdad*.

El segundo, la participación de la víctima en el marco de los preacuerdos y las negociaciones. Ello, especialmente referido a las finalidades que determinan estas figuras, previstas en el artículo 348 del estatuto procesal, regido por la Ley 906 de 2004. En este caso, la finalidad básica de “activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito”, finalidad que debe ser concebida más en el marco general de la justicia restaurativa, que ocupa un lugar central no sólo en este estatuto procesal, sino de hecho en la política criminal ligada al sistema carcelario, al régimen de penas y una noción renovada de la sanción penal. De

igual forma, la finalidad, no menos fundamental y ligada directamente a políticas de reparación de las víctimas, de “propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados por el injusto...”.

Desarrollo de los argumentos:

1. El tema central de la búsqueda de la verdad, particularmente en hechos relacionados con actuaciones criminales complejas y cuyos actos afectan gravemente garantías y derechos fundamentales e impactan la estructura democrática del Estado.

En el caso ventilado, además de los aspectos relacionados con la pena, el debate sobre la proporcionalidad de la misma, cuando se adelantan acuerdos y negociaciones, del concurso y sus delimitaciones, además de la discusión en torno a una estructura procesal de partes o de la existencia de un sistema adversarial, además, en fin, de temas que han sido abordados en la ponencia, el gran tema central del debate procesal que ha ocupado a la sala de conjueces, se relaciona con la búsqueda de la verdad, en hechos particularmente graves relacionados con las denominadas “escuchas ilegales” o, en el argot sociológico, “chuzadas”.

En las demandas de casación, particularmente de aquella presentada a nombre de una de las víctimas, representativa

ella, por lo demás, del conjunto de víctimas que sufrieron la intromisión por parte del DAS en su fuero interno, en estos hechos deleznable y materia de procesos judiciales complejos, el tema de la verdad y su búsqueda por el sistema judicial penal, ocupó un lugar central. Y, de hecho, este tema, ocupa hoy un lugar central en la discusión político-criminal y en los esfuerzos de reestructuración institucional del sistema penal colombiano en conjunto: frente a actuaciones criminales de carácter macro, frente a hechos propiciados por estructuras criminales complejas, que no sólo se restringen a la comisión puntual de ciertas conductas por determinados individuos, sino que expresan actos más generales y en los cuales ha sido posible la intervención de numerosos individuos, el tema de la verdad no se puede restringir a la verdad exclusiva que surge de un debate procesal concreto, sino que este esfuerzo institucional de hallar la verdad de lo ocurrido, debe elaborarse allende los casos puntuales o meramente particulares. Hoy, existe una nueva concepción de la verdad, diferente de la verdad meramente fragmentada en casos particulares.

Es esta, a manera de ejemplo, la nueva metodología de investigación asumida por la Fiscalía General de la Nación que, en desarrollo de la decantada estrategia de priorización y de la creación de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos, hoy DINAC, de conformidad con la reciente reforma, busca aproximarse a verdades de carácter macro, que den cuenta justamente de la complejidad de la actuación macrocriminal. Así, se trabaja hoy con base en

criterios concretos y delimitados racionalmente, como son el criterio subjetivo, el criterio objetivo y los criterios complementarios, contenidos en la directiva 001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”.

Estos criterios expresan un *telos* general en la investigación, que se concreta en una estrategia de asociación de casos, a despecho de la fatigada investigación de casos aislados, a la investigación de hecho por hecho que conduce a un fracaso y a un colapso de la investigación misma, cuando se trata de estructuras criminales complejas.

La creación de contextos de actuación macrocriminal, en los cuales participan historiadores, antropólogos, científicos sociales, debe servir para elaborar mapas más complejos de la actuación criminal; tiene que servir para crear una especie de fotografía, en el tiempo y en los lugares de la comisión de las conductas, que sirva para ilustrar y decantar justamente una verdad más compleja que la simple verdad deshilvanada y fragmentada de hechos particulares. En los casos complejos hoy del proceso especial de Justicia y Paz por ejemplo, la creación de contextos y las sentencias que los busca aclarar e ilustrar, es una realidad incuestionable; de igual forma, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en casos significativos, ha buscado y busca hoy, indagar en verdades

profundas, sensibles y de carácter macro; en verdades ligadas a contextos fácticos reales de actuación macrocriminal.

Quizá no sean entonces tan radicales hoy las fronteras entre el juicio del juez y el juicio del historiador en función de una construcción de verdad más sólida. Por supuesto, gestión ésta, adecuada a todas las reglas de juego procesales. Como se dice, esta metodología es una realidad hoy y busca adecuarse a las exigencias que le imponen al sistema penal judicial y a la sociedad en conjunto, hechos que lesionan gravemente su estructura democrática e institucional.

Pero, más allá de ejemplos de adecuación institucional, el presente escrito se detiene en aspectos más profundos ligados a la verdad. De esta forma y sobre todo respecto de los hechos más lesivos de la estructura de garantías constitucionales y legales, al lado de la sanción penal acorde con dichos hechos, se busca hoy, incluso allende los casos particulares, crear un gran *relato* que propicie la creación de entornos sociales y políticos, con base en los cuales, actos deleznable, como las escuchas ilegales, no vuelvan a ocurrir.

Es la dinámica de la *no repetición*: no pueden volver a ocurrir estos hechos profundamente lesivos y el papel de la justicia penal debe ser el de indagar las verdades que subyacen a los actos generalizados de intromisión en el

fuero interno de funcionarios judiciales y de todas aquellas personas que sean víctimas de ello. El presente caso, llevado incluso a debate en casación, debe contribuir a la construcción de dicho relato macro, en función, se repite, de crear entornos sociales y políticos propicios a la no repetición de estas conductas.

Así, incluso como lo fue expuesto por algunos de quienes participaron en la audiencia de sustentación del recurso, que ocupó a la sala de conjuces, la verdad de lo sucedido en este caso particular, también ha sido debatida en casos más complejos de escuchas ilegales y de intromisión en el fuero interno que, debe agregarse, en una estructura democrática real, condiciona los espacios que deben protegerse con más celo institucional.

De allí por qué, a esta sala y particularmente al conjuce que redacta este escrito, no lo ha movido una razón que sería muy simple, según la cual se rechazarían los argumentos de las víctimas, bajo el supuesto de que éstas no estarían contentas con los fallos de instancia, por que éstos no habrían ilustrado su verdad, exclusivamente; al contrario, la verdad de los hechos ocurridos contra las víctimas de este caso particular, debe ser mirada en contextos más amplios que contribuyan a crear auténticos relatos en función de la no comisión de estas conductas que han sido sancionadas en este caso. Por ello, al admitir la sala de conjuces, no sólo la demanda de casación presentada por el Ministerio Público, sino del representante de una de las

víctimas, se la ha dado voz a esta víctima y, con ella, de hecho, a otras víctimas ligadas a estos hechos. Así, más allá de la decisión final de no casar, ajustada además a recientes decisiones jurisprudenciales muy claras, las víctimas han sido oídas, los casos han sido ventilados y deben servir de apoyo a la construcción de verdades más complejas.

1. La participación de la víctima en el marco de los preacuerdos y las negociaciones.

Esta conclusión lleva al segundo punto materia del presente escrito: a la participación de la víctima, a su intervención en la práctica de preacuerdos y negociaciones. Desde un principio, cuando se discutió en la sala de conjueces, la posible admisión de la demanda de casación, por parte de la víctima, el Dr. Iván Velásquez, el conjuer que presenta este escrito, advirtió sobre la necesidad de observar de manera más flexible y menos ortodoxa la función de la víctima, precisamente para admitir la demanda. También, advierte ahora, que no se trata de recurrir a un prurito retórico según el cual se vive el “siglo de las víctimas”, o de adentrarse en la discusión de fondo que ocupa grandes científicos del derecho penal actualmente, como es la tensión entre el “in dubio pro reo” y el “in dibuo pro victima”.

Este es un tema arduo de reflexión. Por ello, el escrito se ocupa del caso concreto de su intervención de la víctima en

los acuerdos y negociación que, eso sí, debe quedar claro, está ligada de hecho a postulados hoy de justicia restaurativa que son en todo caso transversales al estatuto procesal penal. En este sentido, dentro del conjunto de fines atribuidos legalmente a los acuerdos y negociaciones, por el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, yace una referencia a la justicia restaurativa, sin la cual el papel de las víctimas, al lado de una visión menos punitivista de los crímenes y más humana de recomposición de estructurales sociales afectadas por las conductas criminales, es impensable. De igual forma, la finalidad de la reparación, no es concebible sin la participación, precisamente, de la víctima.

Así, según el artículo 348, la primera finalidad de estos institutos procesales, problemáticos *per se*, pues buscan situarse más allá de mentalidades aferradas a interpretaciones restringidas de los dictados de la legalidad, pretende, en función del agente de la conducta punible, la humanización de la actuación procesal y de la pena; en seguida, la norma se refiere a la obtención –no a cualquier precio– de pronta y cumplida justicia. A estas finalidades, se agrega el fin central, de “activar la solución de los conflicto sociales que genera el delito”. Y a esta finalidad de carácter macro, el estatuto procesal agrega el “propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados por el injusto”. Todo ello en el marco de políticas más amplias de justicia restaurativa.

La real activación de soluciones al conflicto social producido por el delito, debe suponer la posibilidad de la presencia e intervención de la víctima. Piénsese, a manera de ejemplo, aunque la jurisprudencia ha dado cuenta de decenas de hechos, en casos de homicidios culposos ocasionados por el manejo imprudente de vehículos. Los acuerdos y negociaciones, son más proclives de ser adelantados—para no tener ellas un mero contenido frío y técnico—, con aquellos que demuestren auténtica vocación de minimizar los efectos de su conducta, de “activar”, como lo dice el código, la solución real de los conflictos, y de reparar verdaderamente a las víctimas.

Así, el carácter humanizador del derecho penal, frente al sujeto activo, que busca que la respuesta penal no se restrinja a la mera vocación punitiva de imposición de penas de prisión altas y que se expresa en beneficios, debe hallar una recompensa en el gesto humanizador auténtico del sujeto activo hacia las víctimas. Ellas son su espejo: en la solución de los conflictos y particularmente en su reparación. Para ello, el papel del fiscal y del juez, se convierte en central. La reparación, por supuesto, no se restringe a un tema simplemente de dinero; resarcir por ejemplo los perjuicios, en auténticos hechos de minimización de daños, debe llevar implícito el gesto humanizante, el sentimiento real de reconocimiento del daño causado a las víctimas. No se debe premiar la arrogancia ni las meras estrategias procesales: la humanización del derecho penal, debe llevar explícita la dignificación de la víctima y el reconocimiento de su dolor.

Lo expuesto puede colegirse, además, de los dictados del segundo inciso de la norma citada, cuando ésta afirma que “el funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”. Es un dictado normativo que busca, de hecho, minimizar el efecto lingüístico mismo y el impacto social que genera el concepto de “negociación”. Debe compaginarse con la búsqueda de una auténtica activación de fórmulas, por supuesto no meramente punitivas en sentido estricto, de “solución de los conflictos sociales que genera el delito”. En el centro de la política criminal, subyace hoy también la discusión en torno a las políticas restaurativas y al papel de las víctimas en dichos modelos restaurativos.

Por las más diversas razones, la jurisprudencia constitucional, en primer término, ha abierto el camino para la intervención de la víctima en los preacuerdos y negociaciones. Luego, de ella, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha enfatizado esta posibilidad. Antes de citar una sentencia central en este punto, otro ejemplo puede ilustrar lo expuesto: en casos de agresiones sexuales, la dignidad de la víctima, frente a los posibles acuerdos y negociaciones, debe estar ligada a la posibilidad de tener ella voz en desarrollo de los mismos. Incluso, la intervención de las víctimas, como contribución a la verdadera solución de los conflictos, debe y puede apoyar

también la construcción de *relatos* en el sistema penal que develen comportamientos culturales proclives a la comisión de estas conductas. Todo ello en el marco de una eficaz contribución a la posible solución de los conflictos. La discusión central no debe radicar tan sólo en los efectos procesales, en los alcances de la noción de “intervención” que trae a colación la sentencia de la Corte que se cita enseguida, sino en el hecho central de tener voz la víctima, de ser escuchada, de ser leída su situación en la dimensión real de los hechos.

Así, de esta forma, en sentencia C-516 del 11 de julio de 2007, la Corte Constitucional, declaró exequible el artículo 348, en el “entendido de que la víctima, también podrá intervenir en la celebración de los acuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo”. Así, se armoniza la capacidad que tiene la Fiscalía de agenciar y promover estas formas importantes de buscar eficiencia y celeridad en los procesos judiciales, con la participación real de la víctima y su derecho a ser oída e informada. Ella “podrá intervenir”, enfatiza la Corte; es una posibilidad real que le asiste, cuando la víctima lo conciba.

En esta misma dirección, se sitúa la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte que enfatiza los fines del artículo 348 en relación con la participación de la víctima y que se aparta de una visión restringida y restrictiva sobre la

participación de la víctima en estos institutos. Por ello, dispone la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“A pesar que las normas relacionadas con los preacuerdos y negociaciones no contemplan la participación de las víctimas, las mismas fueron halladas conforme con la Constitución Política de manera condicionada, en el entendido que la víctima también puede intervenir en ellos, debiendo ser oída e informada de su celebración por el fiscal, oída igualmente por el juez encargado de aprobarlo, quien al mismo tiempo deberá observar que el mismo no quebrante las garantías del imputado o acusado y de la misma víctima”.¹

De igual forma, en providencia del año 2011, la Sala Penal reitera lo siguiente:

“Resulta evidente que si en razón a ese auto o por falta de citación e información al aludido profesional no hubiera podido asistir a la audiencia en que se impartió aprobación al acta de preacuerdo, se impondría decretar la invalidación de lo actuado por violación al debido proceso, pues se habrían menoscabado los derechos de la víctima que él representa, que como lo ha reiterado la jurisprudencia penal y constitucional, tiene pleno derecho para intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de septiembre de 2011, radicado No. 36502.

deberá ser oída e informada de su celebración por el Fiscal, y oída por el Juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas”.²

También y enfatizando los fines del artículo 348 ligados a la verdad y a la justicia, la Sala aclara que la intervención de la víctima no es sólo un aspecto formal, sino que debe ser una posibilidad real, auténtica y, por ello, la Fiscalía debe asegurar la comunicación a la víctima para posibilitar su intervención. Así, dice la Sala: “La importancia que reviste la participación de la víctima en la celebración de los preacuerdos y negociaciones resulta más que evidente, y por ende le impone a la Fiscalía la efectiva y real consecución de comunicarle acerca de su celebración”.³ Esta es una decisión especialmente interesante, pues, como se ve, se trata de una acción de tutela, en la que se discutieron derechos fundamentales. Por ello, agrega, además, la Sala:

“Para terminar, no sobra señalar que la participación de la víctima en los preacuerdos y negociaciones no solo está determinado por el interés que tenga de perseguir la reparación del daño ocasionado, sino que, dada la connotación de interviniente especial que reviste al interior del proceso penal bajo la naturaleza

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado No. 35651.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de junio de 2009, T-42584.

de la Ley 906 de 2004,-también se encuentra facultada para hacer valer los fines primordiales de justicia y verdad en relación con la comisión del ilícito”.⁴

De esta forma, en el presente escrito se aclara que hoy no es dable preservar una visión restringida, ortodoxa y restrictiva de los derechos de las víctimas, respecto de su intervención en los preacuerdos y negociaciones. Pero, además, se trata de aspectos que son transversales a las más diversas normas del estatuto procesal penal, ligadas a la justicia restaurativa y a dinámicas auténticas de reparación de las víctimas. Igualmente, se enfatiza en este escrito de aclaración, la necesidad de que la comunidad jurídica colombiana en conjunto, reconozca y actúe de conformidad con tendencias recientes de búsqueda más coherente y articulada de verdades macro, situadas allende los casos particulares y que den cuenta de la verdadera actuación macrocriminal.


ALEJANDRO APONTE CARDONA
Conjuez

⁴ *Ibidem*.

