

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente

SP13939-2014

Radicado N° 42184.

Aprobado acta N° 337.

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014).

V I S T O S

Derrotado, en los argumentos que lo sustentan, el proyecto presentado por la Magistrada a quien le correspondió el asunto por reparto, entra la Sala con un nuevo ponente a examinar, en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 5 de julio de 2013, que confirmó la condena emitida el 1 de marzo de ese año por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de dicha ciudad, contra JORGE TARAZONA LEAL, a la pena principal de 66 meses y 20 días de prisión, en calidad de

autor del delito de homicidio agravado cometido en circunstancias de ira e intenso dolor, acorde con el preacuerdo que sobre el particular presentaron las partes. Allí mismo se impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal. De igual manera, al procesado le fueron negados los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

H E C H O S

A pesar de haber contraído nupcias y residir en la misma vivienda, entre JORGE TARAZONA LEAL y Sandra Milena Lizarazo, se presentaron diferencias irreconciliables que llevaron a cesar la cohabitación.

En este contexto, el día 11 de noviembre de 2009, se hallaba Sandra Milena Lizarazo, en el interior de un vehículo automotor aparcado en la intersección de la carrera 19 con calle 22, barrio Villa Campestre del municipio de Girón, acompañada de Édgar Alfonso Campo Torres.

Hasta allí se llegó JORGE TARAZONA LEAL y sin mediar palabra atacó con objeto cortopunzante a

Campo Torres, hasta causarle heridas que produjeron su deceso al día siguiente, al tanto que con el mismo instrumento lesionó en la pierna a su esposa.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 12 de noviembre de 2009 se llevó a cabo audiencia de imputación de cargos, legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga con Funciones de Control de Garantías. Allí, se decretó legal la aprehensión, fue imputado a JORGE TARAZONA LEAL el delito de homicidio simple, al cual no se allanó él, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en sitio de residencia.

El 12 de diciembre de 2009, la Fiscalía presentó escrito de acusación en el cual se atribuyó a TARAZONA LEAL, la conducta punible de homicidio simple, cometido en circunstancias de ira e intenso dolor conforme lo dispuesto sobre el particular por el artículo 57 del Código Penal.

Consecuentemente con ello, el 14 de enero de 2010 se realizó la audiencia de formulación de acusación ante el

Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, en curso de la cual se materializó un preacuerdo signado por la Fiscalía con el acusado y su defensa, que condujo a pactar una pena de 34 meses y 20 días de prisión, rebajada en su tercera parte, por ocasión de lo acordado, hasta devenir en sanción final de 22 meses y 14 días de privación de libertad

El preacuerdo fue aprobado por el juez de conocimiento, pero a ello se opuso, durante el traslado del artículo 447 del C.P.P., el apoderado de las víctimas, quien manifestó su sorpresa por la modificación de cargos e indicó no aceptar la concurrencia de la ira e intenso dolor pregonada por el ente acusador.

El 8 de marzo de 2010 se realizó audiencia de conciliación dentro del incidente de reparación integral. En ella, el Ministerio Público y el representante de víctimas postularon la nulidad de la actuación por falta de defensa técnica de las víctimas, dada la oposición tardía al preacuerdo, expresada por el profesional que las representaba; así mismo, por la inexistencia de evidencias sobre la concurrencia de la circunstancia diminuyente.

El juzgado de conocimiento atendió lo argumentado por la representación de las víctimas y por consecuencia de

ello anuló todo lo actuado desde la audiencia de formulación de acusación, inclusive.

Lo decidido fue confirmado por el Tribunal Superior de Bucaramanga en providencia del 25 de marzo de 2010, por estimar que fue vulnerado el principio de estricta tipicidad, en tanto, lo acordado es ajeno a lo que efectivamente se describe haber sucedido. De igual manera, entendió que a la víctima se le marginó, ilegalmente, de las conversaciones encaminadas a obtener el acuerdo.

Acorde con lo anotado, el 25 de mayo de 2010 se rehízo la audiencia de formulación de acusación y allí la Fiscalía acusó a JORGE TARAZONA LEAL, en calidad de autor del delito de homicidio agravado, acorde con lo disciplinado en los artículos 103 y 104-7 del C.P.

En curso de ello, la defensa deprecó la nulidad de la acusación porque, so pretexto de adicionarla, se agravó la situación del procesado. En esa ocasión, el juzgado denegó la pretensión por cuanto el ente acusador, una vez anulado el preacuerdo, podía modificar y adicionar el pliego acusatorio para ajustar la imputación jurídica a los hechos revelados en la actuación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 29 de noviembre de 2010.

El 31 de enero de 2011, se radicó escrito de preacuerdo en el que JORGE TARAZONA LEAL aceptó el cargo de homicidio agravado contemplado en los artículos 103 y 104-7 del Código Penal y, a cambio, la Fiscalía le reconoció, como única rebaja, la circunstancia de ira e intenso dolor del artículo 57 ibídem, en virtud de lo cual la pena mínima de 33,33 años quedó reducida a una sexta parte, esto es, a 66 meses y 20 días.

El 28 de febrero de 2011, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga aprobó el preacuerdo, decisión impugnada por el apoderado de víctimas, pero confirmada el 16 de diciembre de igual año por el Tribunal Superior respectivo, en providencia que analizó dogmática y probatoriamente la materialización del estado de ira e intenso dolor.

Por consecuencia de lo anterior, el 1 de marzo de 2013, el juzgado de conocimiento emitió sentencia condenatoria en contra de JORGE TARAZONA LEAL, a título de autor del delito de homicidio agravado, cometido en situación de ira, por virtud de lo cual le impuso pena de 66 meses y 20 días de prisión, junto con la accesoria de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo lapso.

Dado que la representación de las víctimas interpuso recurso de apelación, la decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga a través de fallo emitido el 5 de julio del mismo año.

Descontento con lo resuelto, finalmente, el apoderado de la víctima presentó demanda de casación que fue admitida por la Corte en auto del 11 de septiembre de 2013.

LA DEMANDA

En un solo cargo, al amparo de la causal segunda de casación, el libelista acusa a la sentencia de segunda instancia de desconocer el debido proceso por fundarse en un preacuerdo que vulneró las garantías fundamentales de las víctimas.

En sustento de su tesis el casacionista advierte cómo en la redacción original de la Ley 906 de 2004, la víctima carecía de posibilidad de intervención en los preacuerdos, pero ello fue modificado por la Corte Constitucional en la sentencia C-516 de 2007, en la cual se contempla una

activa participación suya y se impuso a la Fiscalía la obligación de informar a los afectados respecto de las conversaciones, a efectos de que puedan intervenir en ellas y, si es del caso, manifestar su oposición e interponer recursos contra su aprobación.

Reconoce el demandante que garantizada la presencia y participación de las víctimas en las negociaciones, el acuerdo puede concretarse entre Fiscalía e imputado o acusado, aún con oposición de los perjudicados. Con todo, agrega, el precedente constitucional también señala que *“en la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima”*(C.C. C-1260 de 2005), tesis compartida por la Corte Suprema de Justicia en proveído del 27 de abril de 2011, radicado 34829.

Considera que se afectó a la administración de justicia en aras del *“eficientismo judicial”*, pues, con la aprobación del preacuerdo se negó a las víctimas el derecho a un juicio justo y pleno, dotado de las garantías de publicidad, contradicción, inmediación y concentración, acorde con los hechos expuestos en la acusación, que no contempló ninguna diminuyente de responsabilidad.

Lo anterior, añade, porque desde los albores del sistema penal acusatorio se reconoció la necesidad de que los acuerdos garanticen la correspondencia entre los hechos y la imputación jurídica, exigencia omitida en el evento examinado, en tanto, el preacuerdo reconoció una situación carente de soporte probatorio.

Al respecto, señala, lo determinado en el proceso conduce a advertir cómo JORGE TARAZONA LEAL, atacó a Édgar Alfonso Campos, solo porque lo vio en compañía de su esposa, Sandra Milena Toloza, lo que permite descartar la existencia previa de discusión, cruce de palabras, reclamos, insultos o provocación por parte del agredido.

A pesar de lo anterior, afirma, la Fiscalía de forma especulativa consideró que el homicida actuó motivado por los celos al ver a su esposa con otro hombre, razón por la cual dedujo el estado de ira, desconociendo que la figura del artículo 57 del Código Penal, demanda la verificación de una agresión grave e injusta, la cual, en el evento analizado, no pudo definirse, dado que el atacante ni siquiera cruzó palabra con el agresor.

Y si bien, agrega, la conducta del acusado pudo estar motivada por los celos, ello no conduce a delimitar efectivamente cubierta la ira o intenso dolor originados en

una agresión grave e injusta; por el contrario, se trata de una retaliación motivada en un innoble sentimiento de venganza, situación que no puede ser admitida porque crearía el mal precedente de reconocer la ira al esposo que da muerte al nuevo compañero de su ex pareja.

Es por ello, añade, que la víctima siempre se ha opuesto al preacuerdo, en tanto, desconoce sus derechos a la verdad, a la justicia e, incluso, a la reparación.

Como, en su sentir, no existe otro remedio procesal para enderezar la actuación, demanda la nulidad de la sentencia y de la actuación procesal adelantada a partir de la decisión aprobatoria del preacuerdo.

INTERVENCIÓN DE LOS NO DEMANDANTES EN LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El Delegado de la Fiscalía

Estima que le asiste razón al demandante, como quiera que la Fiscalía realizó el acuerdo sin la debida ponderación y razonabilidad impuestas por la ley, la jurisprudencia y la directiva No. 001 de septiembre de 2006, pues, reconoció a JORGE TARAZONA LEAL el estado

de ira e intenso dolor, a pesar de que existía incertidumbre sobre su configuración.

Aún más, afirma, en curso de la audiencia de formulación de acusación del 25 de mayo de 2010, la Fiscal del caso, basada en nuevos elementos probatorios, retiró la disminuyente al verificar que el atacante conocía desde meses atrás la relación sentimental surgida entre Sandra Milena Tolosa y el occiso.

Pese a ello, acota la representación del ente investigador, de manera sorpresiva celebró un preacuerdo con el acusado en el cual reconoció dicha causal de atenuación con la máxima rebaja punitiva posible, quedando la pena de prisión en 66 meses y 20 días, en lugar de los 400 meses que correspondería aplicar.

Lo anterior, añade, a cambio de admitir una culpabilidad que estaba fehacientemente acreditada porque el acusado había sido capturado en flagrancia, evidenciándose falta de razonabilidad en la concesión de prebendas punitivas y la consecuente afectación de los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas.

De esta manera, afirma, se asumió un costo muy grande en términos de justicia, no justificado por la

terminación anticipada del proceso, pues, el acuerdo no consultó los intereses de las víctimas ni aprestigió a la judicatura. Por el contrario, se evitó el juicio, escenario adecuado para verificar las circunstancias que rodearon los hechos sin que fuese necesario realizar concesiones en la imputación y en la pena a cambio de la admisión de una culpabilidad que fácilmente se habría podido demostrar.

Para celebrar un preacuerdo, agrega el no recurrente, se reclama un grado racional de verosimilitud acerca de la existencia de la causal de atemperación punitiva; sin embargo, en el proceso no se contaba con ese nivel de conocimiento porque las circunstancias que rodearon el homicidio de Édgar Alfonso Campos, difícilmente podían considerarse indicativas de la concurrencia de la ira e intenso dolor, dado que la “*infidelidad*” de la esposa, con quien convivía, pero de la cual estaba separado de cuerpos, era conocida por el acusado varios meses antes del homicidio y en esa medida no se presentó provocación grave e injusta del occiso.

Concluye afirmando que se afectaron los derechos de las víctimas, por cuanto, el reconocimiento de la diminuyente se fundó en un preacuerdo que desconoció sus derechos a la verdad y a la justicia y que, además, vulneró el principio de legalidad.

2. El Ministerio Público

Distingue dos situaciones: En primer lugar, la supuesta ausencia de las víctimas en las diligencias que condujeron a materializar el preacuerdo, hipótesis que desestima porque fueron citadas en dos ocasiones a participar en las conversaciones previas, sin que se hicieran presente.

Dada la preclusividad de las etapas procesales, agrega, las partes deben ejercer sus derechos en la oportunidad pertinente. Siendo ello así, como el apoderado de víctimas decidió no asistir, no puede pregonar la vulneración del debido proceso por esa circunstancia.

En segundo orden, considera que le asiste razón al demandante al señalar la falta de demostración del estado de ira o intenso dolor reconocido por la judicatura, en lo cual observa infracción de los derechos a la verdad y a la justicia, pues, para reconocer una disminuyente la imputación jurídica y fáctica debe estar circunstanciada y apoyada en un supuesto real. En el evento analizado, no existió verosimilitud sobre la degradante de responsabilidad y punibilidad del artículo 57 del Código Penal, por cuanto, el caudal probatorio no refleja una situación de injusta provocación surgida a partir del comportamiento del occiso,

quien no cruzó palabra con el agresor antes de recibir el ataque.

Aunque la conducta del acusado pudo estar matizada por los celos, el enfado, el resentimiento o la rabia, esos aspectos no encajan en la diminuyente de la ira, máxime cuando la relación sentimental entre los cónyuges había desaparecido porque no compartían maritalmente y el procesado era consciente de la decisión libre y voluntaria de su esposa de reorganizar su vida, entre otras razones, por el maltrato del que era víctima.

Al celebrar preacuerdos la Fiscalía debe ceñirse a los presupuestos de legalidad, tipicidad, transparencia y lealtad con la administración de justicia, otorgando a los hechos la calificación jurídica que corresponda, es decir, realizando una imputación jurídica y fáctica circunstanciada, la cual se echa de menos respecto de la situación de ira argüida.

La teleología de los preacuerdos y de la aceptación de cargos radica en que se tramiten con total apego a la legalidad, porque de otra manera deben ser improbados por el juez. Y aunque la jurisprudencia no ha sido pacífica, considera que el juez puede ejercer un control material sobre el acuerdo, en tanto, la facultad de negociar no es

omnínmoda y debe respetar el principio de legalidad y las garantías constitucionales de las partes e intervinientes.

Entonces, añade, los preacuerdos tienen la sana finalidad de humanizar el proceso y la pena e involucrar al procesado en la solución del conflicto, pero no autorizan desconocer garantías fundamentales.

Y aunque la Fiscalía ostenta el monopolio de la acusación, su discrecionalidad no es absoluta, por cuanto, en la formulación de cargos debe respetar el principio de legalidad con la correcta adecuación típica. Esa es la razón por la que la Corte Constitucional se pronunció sobre la obligación del ente acusador de respetar el principio de reserva legal y adecuar los hechos a la norma jurídica que corresponda.

Por las anteriores consideraciones pide casar la sentencia para decretar la nulidad a partir de la providencia aprobatoria del preacuerdo.

3. La defensa

Niega que se haya marginado al apoderado de víctimas del preacuerdo, dado que fue citado en tres ocasiones sin que acudiera al llamado de la Fiscalía.

De otra parte, aduce haber entregado a la Fiscalía evidencias sobre el perdón del acusado a anteriores episodios de infidelidad de su esposa, con el propósito de preservar la familia, compuesta por cuatro hijos menores de edad.

De ello colige que no fue un arrebató de maldad sino un dolor intenso el que motivó al acusado a infringir la ley, pues, sintió que su hogar se resquebrajaba; en este sentido, sí existió una agresión injusta y por ello la Fiscalía le otorgó la diminuyente.

Desestima la actitud caprichosa atribuida en la demanda al juez de conocimiento, porque el operador jurídico contaba con múltiples entrevistas que refieren cómo TARAZONA LEAL trató de recomponer su hogar; así mismo, indican que el encuentro con el occiso fue fortuito, por manera que no se trató de un crimen planificado.

Por último, encuentra que la casación no es instancia adicional para prolongar el debate probatorio y por ello la demanda debe identificar la clase de error y proponerlo de forma clara de acuerdo a su trascendencia, exigencia que no fue satisfecha en el evento bajo examen, motivo por el cual solicita no casar la sentencia.

C O N S I D E R A C I O N E S

En primer término, debe la Sala advertir que el solo hecho de admitir considerar la demanda, obliga examinar de fondo la cuestión planteada, independientemente de los yerros de argumentación que esta contenga.

Precisiones generales

Conforme lo planteado en el único cargo presentado por el representante de la víctima, el objeto central de discusión en esta sede, radica en definir si el acuerdo firmado por la Fiscalía con el procesado y su defensor vulnera derechos fundamentales y, en consecuencia, no debió ser admitido por las instancias.

Al efecto, lo primero que cabe afirmar es la impropiedad que representa soportar la demanda en la Sentencia C-516 de 2007, obra de la Corte Constitucional, pues representa un absoluto contrasentido acudir a un criterio jurisprudencial que, en lo sustancial, determina indispensable permitir a la víctima participar en las conversaciones tendientes al preacuerdo –de hecho, se

consideró inconstitucional que las normas legales apenas detallen la intervención de la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensa-, cuando lo adelantado procesalmente enseña que precisamente se anuló el trámite para facultar ese derecho, no obstante lo cual omitió la víctima acudir al diligenciamiento, pese a haber sido citada oportunamente por el ente investigador.

Y si bien, la decisión de no acudir a dichas conversaciones no torna necesariamente ilegítima la oposición que después planteó la representación de los afectados en la diligencia de verificación del acuerdo y las impugnaciones presentadas contra los fallos de instancia, es lo cierto que sí se observa paradójico reclamar que no se haya tenido en cuenta la postura suya, cuando en la práctica nunca la hizo conocer pese a haber tenido plenas garantías y posibilidades para plantearla en su escenario natural.

Porque, debe anotarse, la razón de obligar convocar a la víctima, conforme el sustento de la providencia en cita, radica en facultar que la Fiscalía conozca su criterio y necesidades para que ello pueda ser plasmado en el preacuerdo y así se concilien adecuadamente las posiciones antagónicas en pugna, independientemente de que el

afectado carezca de poder de veto frente a lo finalmente pactado.

Superado el proemio, es necesario precisar que respecto de los preacuerdos y la posibilidad de verificación atribuida al juez de conocimiento, se han registrado en el ámbito judicial posiciones encontradas o disímiles, desde quienes propugnan porque se efectúe una injerencia profunda, en respeto de derechos de las partes e intervinientes, finalidades de justicia y protección de mínimos de legalidad, hasta aquellos que propugnan por una simple verificación formal de lo acordado.

Advierte la Corte, sobre el particular, que la discusión debe plantearse necesariamente en el seno de lo que el legislador estimó necesario como protocolo de justicia premial en la Ley 906 de 2004 y, particularmente, a través de las finalidades que se entiende cumplir con este tipo de terminaciones anticipadas del proceso.

Huelga anotar, porque ya es un tópico suficientemente conocido, que por su naturaleza, el sistema acusatorio o de partes, delimitado dentro del principio de inmediación de pruebas, reclama del camino excepcional de la justicia premial, no solo porque ello, como reseña la normatividad inserta en la Ley 906 de 2004, facilita la intervención de las

partes en la solución del conflicto, sino, particularmente, en atención a que resulta imposible, en términos logísticos, adelantar juicios por todos y cada uno de los delitos objeto de denuncia o de conocimiento oficioso por las autoridades.

Se entiende, así, que el grueso de los trámites judiciales penales –valga decir, tentativamente, una cifra superior al 90%-, debe culminar por ese camino excepcional para que se garantice la sostenibilidad del sistema.

En procura de ello, entonces, la Ley 906 de 2004, contempla un amplio catálogo de mecanismos dirigidos a la culminación temprana o extraordinaria, que a la vez diseñan beneficios judiciales para hacerlos atractivos.

De esta manera, conciliación pre procesal, principio de oportunidad, acuerdos y allanamiento a cargos, conforman ese grupo de institutos que buscan dinamizar tan altos propósitos, dentro de particularidades que obedecen a la caracterización propia de cada uno.

Para lo que compete al tema específico objeto de análisis, el Título II de la Ley 906 de 2004, rotulado “*PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO Y ACUSADO*”, delimita las finalidades, criterios básicos y

trámite que ha de seguirse en tratándose de la negociación dirigida a formalizar los preacuerdos.

De manera concreta, es factible significar que lo contenido en el Capítulo único del Título en cuestión, otorga a la Fiscalía una muy amplia facultad dispositiva, no solo porque corre de su resorte exclusivo acceder a la negociación, esto es, que aún con el querer expreso del imputado o acusado y su defensor, no es posible adelantar el trámite si no se cuenta con la anuencia del Fiscal del caso –en ausencia de esa aceptación al procesado apenas le cabe acudir al allanamiento a cargos en los momentos procesales específicos contemplados por la ley para ese efecto-, sino porque las posibilidades de injerencia de terceros o intervinientes son limitadas y lo contemplado en el acuerdo únicamente puede ser verificado por el juez en aspectos puntuales y trascendentes.

Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensor, aunque la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia C-516 de 2007, que se citara y escuchara siempre a la víctima, sin poder de veto de parte suya.

Y además, de forma expresa el artículo 351, inciso cuarto, determina que *“Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”*.

Junto con lo anotado, también como límite expreso a las facultades del Fiscal, el artículo 327, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, determina *“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permitan inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*.

La norma, debe decirse para evitar equívocos, busca eliminar la posibilidad de acudir al principio de oportunidad u obtener preacuerdos respecto de conductas no tipificadas como delitos o personas que no intervinieron en los mismos. De ahí que se exija un mínimo probatorio para sustentar la existencia de la conducta y posible participación del imputado o acusado en la misma.

Junto con lo referido en precedencia, el Título examinado establece formas o modalidades de acuerdo, que regulan las posibilidades de modular el delito objeto de imputación o

acusación o simplemente entregar al imputado o acusado una rebaja concreta de pena por aceptar su responsabilidad penal en la conducta despejada por la Fiscalía.

Respecto de la modulación en reseña, la Corte Constitucional, en sentencia C-1260 de 2005, dejó claro:

*Cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal esta referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo **se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa**; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal **no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales**; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la*

calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

De lo anotado, varias conclusiones básicas surgen:

1. El Fiscal goza de plena autonomía para aceptar o no negociar, y en procura de lograr el acuerdo debe citar a la víctima, pero lo expresado por esta no tiene carácter obligacional, ni puede impedir la presentación de lo pactado.

2. La Fiscalía cuenta con varias posibilidades o formas de modular el acuerdo, pero no puede, en curso del mismo, violentar la presunción de inocencia, razón por la que debe contar con un mínimo suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo de la persona.

3. En términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido *“crear tipos penales”*.

4. El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues,

sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.

En este sentido, siempre será posible significar, no importa la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado o acusado, que el pacto representa algún tipo de afectación en lo que atiende a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima.

Pero, precisamente la tensión entre esos derechos y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del Fiscal y estableciendo respecto de lo pactado unos límites específicos que, de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena.

Ahora, no ignora la Sala que el artículo 348 de la ley 906 de 2004, al momento de detallar las finalidades del sistema premial examinado, en su inciso segundo advierte: *“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 aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

Sin embargo, el análisis de su contenido permite verificar que no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de *desiderátum* dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados.

Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.

En seguimiento de lo considerado en precedencia, es que la Corte, en sus más recientes decisiones, ha privilegiado la naturaleza y finalidades de los preacuerdos, sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de justicia de la víctima.

Señaló la Sala, al respecto, en sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570:

En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser preacordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de

manera escueta que se trata de convenir lo que “implique la terminación del proceso”; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán “los hechos imputados y sus consecuencias”¹sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.

Respecto de este tópico la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas:

“el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”²(Subrayas por fuera del texto original).

También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que:

“Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena

¹Artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 14 de diciembre de 2005, radicación No. 21347; sentencia del 10 de mayo de 2006, radicación No. 25389, entre otras.

imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima...³(Subrayas fuera del texto original).

Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.

La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.

³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 20 de octubre de 2010, radicación No. 33478. En igual sentido, sentencias del 10 de mayo de 2006 y 22 de junio de 2006, bajo los radicados No. 25389 y No. 24817, respectivamente.

Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2° de la Constitución Política.

Y es que el consenso es un componente esencial de la administración de justicia, tal como lo consideró la Corte en sentencia del 25 de agosto del 2005 dentro del radicado 21954, entre otras⁴, al afirmar que el sistema contenido en la Ley 906 de 2004 está:

“Diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.

*Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera «anormal», es decir, a través de la «terminación anticipada», procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, **la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema, conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía”.***

⁴CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 14 de marzo de 2006 dentro del radicado 24052.

*De tal forma, que en el sub examine el acuerdo celebrado por el Fiscal 54 Delegado ante el Tribunal y el acusado **SANABRIA TRUJILLO** en el que degradaron la participación de éste en la conducta que le había sido imputada, de autor a cómplice, se ajusta a la normatividad relativa al tema que comporta y lo que sobre el particular ha dicho la Corte.*

El caso concreto

Una vez definidos los parámetros generales que irradian el instituto de los preacuerdos y, particularmente, las facultades atribuidas al Fiscal, el tipo de negociaciones pasibles de realizar y los factores que obligan la intervención del juez, fácil emerge la solución del conflicto planteado por la representación de la víctima, en tanto, lo acordado por la Fiscalía con el acusado y su defensa, no desborda esos límites negociales atribuidos al funcionario, ni representa vulneración de garantías fundamentales, y ni siquiera, como lo plantea el único cargo de la demanda, afecta el debido proceso.

Para lo que interesa a la discusión, el acuerdo presentado a los jueces mantiene el delito objeto de acusación, homicidio agravado por la indefensión de la víctima, pero introdujo, en calidad de único beneficio otorgado al acusado por aceptar su responsabilidad penal en la conducta punible, la causal de atemperación punitiva

dispuesta en el artículo 57 de la Ley 599 de 2000, conocida como ira e intenso dolor.

Esa manera de modular el delito o sus efectos, debe relevarse, se halla dentro de las facultades expresas consagradas en el artículo 351, a título de *“hechos imputados y sus consecuencias”*, o más específicamente, en lo que la Corte, conforme la jurisprudencia relacionada en precedencia referencia como *“reconocimiento de atenuantes”*.

No es posible señalar, a su vez, que la introducción de la atemperante en cita constituye, en palabras de la Corte Constitucional, consignadas en la sentencia C-1260 de 2005, también examinada anteriormente, la creación de un tipo penal, aunque sí se enmarca dentro de la permitida posibilidad de *“hacer una imputación que resulte menos gravosa”*. Ello conduce a afirmar que lo esencial del principio de legalidad ha sido resguardado.

La fiscalía, de igual manera y para cumplir con las exigencias del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, presentó elementos de juicio que permiten advertir materializado el delito de homicidio y a la vez, hacen inferir la participación del acusado en el mismo, con lo cual quedó a salvo el principio de presunción de inocencia.

Y, finalmente, nada hace suponer que se violaron derechos fundamentales o que la aceptación de responsabilidad penal del acusado estuvo viciada, lo que obliga delimitar resguardados el debido proceso y el derecho de defensa.

Dentro de este panorama, la tesis planteada por el demandante en casación aparece insustancial, cuando no carente de soporte jurídico, pues, ningún imperativo constitucional o legal obliga a que el Fiscal encuentre demostrada la causal de atenuación punitiva otorgada al acusado en contraprestación a su aceptación de responsabilidad penal en el delito.

Por lo demás, esta sería una exigencia contraria a la lógica misma del instituto, en tanto, si de verdad apareciese plenamente probada la circunstancia que obliga aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en el preacuerdo como único beneficio, sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y el fallo.

Incluso, dentro del que es objeto de discusión puntual, observa la Sala que lo referido a la existencia o no del instituto consagrado en el artículo 57 del C.P., no obedece tanto a la existencia de prueba que certifique el estado de la

llamada “*ira justa*”, sino a la postura dogmática contraria que tienen la víctima y las instancias en torno de la efectiva configuración de los ingredientes que diseñan la atemperante.

Esa discusión, jurídica más que probatoria, es completamente ajena a la naturaleza y efectos del preacuerdo aprobado, en tanto, representa la postura subjetiva del interviniente que se dice afectado con el mismo, sin incidencia ninguna en lo decidido.

Por lo demás, si el juez de conocimiento incursionara en ella, a más de desbordar por completo los precisos límites que signan su intervención en tratándose del preacuerdo sometido a consideración del despacho, asumiría una labor de control material de la acusación –recuérdese, el inciso primero del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, especifica que el preacuerdo logrado antes de formulada la acusación se presenta ante el juez de conocimiento “*como escrito de acusación*”- prohibida por completo en nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

Sobre este particular, en decisión del 16 de julio de 2014, dentro del radicado 40871, sostuvo la Sala:

La Sala tiene ya sentado el criterio según el cual la calificación jurídica de los hechos corresponde ser realizada exclusivamente por la Fiscalía, tanto en la acusación, como en el alegato de cierre al culminar el debate oral. En AP de 21 de marzo de 2012 Radicado 38256, se ocupa de explicar el primer evento:

En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).

...

La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge.

También se tiene claro que de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443, solo el fiscal está autorizado para realizar la “tipificación circunstanciada” de los hechos:

*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.*

Así, no cabe duda de que el control material de la acusación realizado por los juzgadores, se convirtió en una irregularidad sustancial que afectó gravemente el debido proceso, por cuanto impidió la terminación anticipada del proceso, presupuesto operativo del sistema adversarial, de imprescindible acatamiento para el éxito del ejercicio del ius puniendi en dicho modelo procesal.

Cuando el Juez Quinto Penal del Circuito de Santa Marta negó la aprobación del preacuerdo presentado el 8 de agosto de 2011 mediante el cual se acordaba una pena de 128.4 meses de prisión, con el pretexto de que en su sentir la acusación debía contener una adecuación típica idéntica a la incluida en la formulación de imputación, trasgredió los marcos de su competencia y se infiltró en los de la Fiscalía, violando el debido proceso.

Lo mismo hizo cuando improbo un nuevo preacuerdo presentado el 10 de noviembre siguiente con los mismos argumentos de no compartir la adecuación típica realizada por la Fiscalía, además que la pena por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones en sólo seis meses de prisión, violaba el principio de legalidad de la pena, desconociendo con tal consideración el mandato del artículo 31 del Código Penal, que indica la forma de individualización de las penas cuando se trata de concurso de delitos.

Dicha transgresión del debido proceso fue reiterada cuando en el curso de la audiencia preparatoria, realizada el 9 de marzo de 2012 (minuto 19.20 del récord), hizo caso omiso a la aceptación de cargos hecha por el acusado HOYOS CHAVERRA, absteniéndose de activar, también en esta ocasión, el trámite del proceso abreviado; tal como lo resalta la misma Fiscalía en el decurso de este recurso extraordinario.

Pero la afrenta al debido proceso se hizo más intensa a partir de lo dispuesto por el Tribunal Superior de Santa Marta en auto de 1° de marzo de 2012, en el que al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto mediante el cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, improbo el segundo preacuerdo, toda vez que, no sólo se entrometió en la realización de consideraciones propias de la Fiscalía,

instruyéndola como si fuera su superior; sino que además realizó el ejercicio de adecuación típica como si se tratara de la sentencia condenatoria; destruyendo por completo la garantía de imparcialidad de que eran titulares las partes, sobre todo la defensa.

En fin, que un examen amplio y detallado del trámite seguido al preacuerdo, así como el contenido del mismo, permite verificar inconcuso su apego con la naturaleza y finalidades que signan la figura premial analizada, sin que se alce razón válida para obtener su improbación y consecuente anulación del trámite registrado por virtud de ella, como pretende el casacionista.

Es por ocasión de lo anotado, se agrega, que deben rechazarse los argumentos consignados en la demanda, algunos de cuyos aspectos puntuales demandan de otras precisiones, así:

-No es factible alegar que con lo ocurrido se privó a las víctimas del “*derecho a un juicio justo y pleno –dotado de las garantías de publicidad, contradicción, inmediación y concentración*”, simplemente porque el único referente legal que se verifica sobre el particular en la Ley 906 de 2004, establece este como derecho pero del imputado o acusado (literal k) artículo 8°).

-Es completamente improcedente la cita jurisprudencial que se hace de decisión de la Corte en la cual se precisa la naturaleza de la atemperante de ira e intenso dolor y la forma de demostrar a cabalidad su materialización, dado que ella se refiere a los casos en los cuales se adelanta el juicio y cada parte busca comprobar su teoría del caso.

Por obvias razones –una de las cuales ya se expuso en líneas precedentes, cuando se anotó que de hallarse demostrada la causal lo obvio es integrarla a la definición de tipicidad y no entregarla a cambio de la aceptación de responsabilidad penal-, en tratándose de un preacuerdo que no cuenta con la exposición en juicio de pruebas, esa obligación de demostrar fehacientemente la causal de disminución de pena carece de lugar, como así sucede, cabe resaltar, con los elementos de tipicidad y responsabilidad en el delito.

Precisión final

Entiende la Corte que el preacuerdo presentado por la Fiscalía cumple con los presupuestos de legalidad propios del instituto y por ello ratifica su aprobación y la consecuente condena.

Empero, no puede dejar de registrar la manera si se quiere irresponsable en que algunos fiscales, conforme a los asuntos que día a día examina la Sala, pasan por alto mínimos presupuestos de contención y al amparo de las muy amplias facultades otorgadas por el legislador, de manera sistemática y reiterada festinan beneficios inmerecidos en asuntos que no comportan complejidad o dificultad para su demostración cabal en juicio.

Esa manida forma de asumir el preacuerdo como especie de tronera que le permite desasirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración, ha conducido de manera perversa a que en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa a fin de contar con la oportunidad de mermar su carga laboral.

Desde luego que la Corte conoce de la congestión de los fiscales y la enorme cantidad de investigaciones sometidas a su conocimiento.

Pero, de ninguna manera ello puede justificar tantos y tan gratuitos beneficios otorgados a los acusados, que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, terminan

por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano.

Sin embargo, se repite, no están llamados los jueces a poner coto a tantos desafueros, pues, la naturaleza misma del sistema premial y las facultades consagradas en la ley se lo impiden.

Considera la Sala, eso sí, que al interior de la misma Fiscalía, conforme su estructura jerarquizada y lo que la constitución y la ley facultan, es posible adelantar una tarea efectiva de control interno, fijación de pautas y seguimiento, que limiten al máximo lo que ahora se critica.

A este respecto, precisamente, el ordinal tercero del artículo 251 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, define como función especial del Fiscal General de la Nación, entre otras:

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

Es en seguimiento de estas facultades, que el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, impone al fiscal, para efectos de la celebración de los preacuerdos, *“observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación”*.

El llamado es, entonces, a que la Fiscalía General de la Nación, no solo fije pautas precisas que permitan a sus delegados ceñirse a estrictos criterios encaminados a cumplir los fines esenciales del instituto premial, con respeto por los derechos de los intervinientes, en particular las víctimas, y de un concepto claro de justicia, sino que establezca mecanismos internos de verificación y control dirigidos a hacer efectivas esas directrices.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,**

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia de segunda instancia proferida en contra de JORGE TARAZONA LEAL, acorde con las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con respeto por los planteamientos de la Sala mayoritaria, me permito expresar a continuación las razones por las cuales me separé de la decisión adoptada.

1. En término generales, la Sala Mayoritaria afirma que cuando la Fiscalía y el imputado o acusado suscriben un preacuerdo, las víctimas no ostentan la posibilidad de reclamar la vulneración de sus garantías fundamentales, pues tal protección está reservada exclusivamente para el procesado. De igual forma, que el mínimo probatorio sólo aplica para establecer la tipicidad y probable

responsabilidad del acusado, pero no para determinar la veracidad de los hechos imputados.

Esta postura es errada en la medida que las garantías basales por cuya protección debe velar el juez corresponden a las partes e intervinientes, no sólo al acusado. Así mismo, porque el mínimo probatorio también se exige respecto de los acontecimientos declarados en el preacuerdo por cuanto la verdad de lo ocurrido interesa a quienes participan en el proceso y a la sociedad en general.

Y aunque resulta importante resguardar la integridad del procedimiento acusatorio, ello no puede comportar el avasallamiento de las garantías fundamentales, como ocurrió en este caso, donde se avaló un preacuerdo ilegal que reconoció la diminución de ira cuando no existía el mínimo probatorio requerido para ello.

Si el preacuerdo examinado cumpliera con “*los presupuestos de legalidad propios del instituto*” y no vulnerara las garantías fundamentales de las víctimas, la Sala Mayoritaria no tendría que haber consignado que “*no puede dejar de registrar la manera si se quiere irresponsable en que algunos fiscales, conforme a los asuntos que día a día revisa la Sala, pasan por alto los mínimos presupuestos de contención y al amparo de las muy amplias facultades*”

otorgadas por el legislador, de manera sistemática y reiterada festinan beneficios inmerecidos en asuntos que no comportan complejidad o dificultad para su demostración cabal en juicio” (subrayas fuera de texto).

2. En punto de los preacuerdos considero que el control que la judicatura realiza al allanamiento de cargos y a los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado es, por regla general, de carácter formal en tanto dicho pacto vincula no sólo a la partes sino también al juez, quien debe emitir la sentencia según lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales, no sólo del imputado o acusado, sino de los otros intervinientes, en particular, de las víctimas.

Ya la Corte ha admitido que en algunos eventos excepcionales, cuando esté acreditada probatoriamente la afectación de derechos y garantías fundamentales, el juez puede intervenir para reestablecer el derecho vulnerado (CSJ SP 15 julio 2008, Rad. No. 28872, 8 julio 2009, Rad. No. 31280, 6 febrero 2013, Rad. No. 39892), siempre y cuando no se eleve al rango de infracción sustancial una opinión contraria o una valoración distinta de los hechos a la consignada en la acusación o en el preacuerdo.

Este control excepcional tiene su fundamento en la necesidad de preservar el principio de legalidad de los delitos y de las penas, así como las garantías fundamentales de las partes cuando sean abiertamente desconocidas. En tal sentido, la Corte Constitucional (C-1260 de 2005; C-059 de 2010) ha señalado que la Fiscalía en la elaboración de la acusación y los preacuerdos no puede actuar con absoluta libertad, pues debe obrar en consonancia con las circunstancias fácticas y jurídicas que emanan del caso.

Además, es imperativo que la Fiscalía y el juez que controla la legalidad del acuerdo escuchen a las víctimas con el propósito de conocer de mejor manera los hechos, sus circunstancias y la magnitud del daño, pues ello les brindará información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable y si se adecúa al interés de la sociedad y de la administración de justicia; así mismo, le permitirá rectificar información aportada evitándose sentencias injustas que no concuerden con la verdad de los hechos y su gravedad.

Garantizado el derecho a participar y conocer las negociaciones entre Fiscalía y defensa, material y técnica, las víctimas no tienen la posibilidad de vetar el preacuerdo surgido de las mismas, pues tal prerrogativa comportaría

desvertebrar la característica premial del sistema penal acusatorio permitiendo que la vindicta privada imposibilitara la suscripción de acuerdos celebrados respetando el marco normativo nacional.

Con todo, de manera excepcional, si se aduce afectación de garantías fundamentales de las víctimas, la judicatura debe revisar el preacuerdo en los tópicos denunciados a efectos de salvaguardar los derechos de ese interviniente especial por cuanto, aún en las negociaciones, subsiste el deber de preservar las prerrogativas esenciales de las partes cuando sean abiertamente desconocidas, acorde con los precedentes enunciados.

Recuérdese que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 establece que las negociaciones orientadas a finalización del proceso pueden versar sobre *“los hechos imputados y sus consecuencias”*, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria **de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.**

3. En lo concerniente al tema de fondo propuesto en la demanda, considero que aunque por regla general el juez no está autorizado a efectuar control material a los preacuerdos, en este evento, ante la advertencia de la

víctima sobre la presunta afectación de sus prerrogativas, se activó el control excepcional señalado y por ello la magistratura de segunda instancia analizó la configuración de la causal de atenuación acordada. En ese contexto, la solución del caso imponía analizar la figura de la ira e intenso dolor para contrastarla con los hechos y medios de convicción aducidas en su respaldo, de la siguiente manera:

El artículo 57 del Código Penal establece que *“el que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición”*.

Dicha atenuante requiere de la configuración de los siguientes elementos: i) Una conducta ajena, grave e injusta; ii) El estado de ira e intenso dolor y; iii) Una relación causal entre la provocación y la reacción.

La conducta ajena grave e injusta, también llamada provocación, es el comportamiento conscientemente orientado a molestar, fastidiar, importunar y/o incomodar a una persona en sus sentimientos o valores. Será grave cuando sea capaz de perturbar y desestabilizar emocionalmente al imputado y será injusta en los eventos

donde no existe obligación de soportar la afrenta, dados las emociones y principios involucrados.

La alteración del estado emocional debe originarse en el proceder grave e injusto de quien resulta afectado por el accionar del procesado, quedando por fuera de ese motivo de atenuación punitiva las acciones realizadas por personalidades impulsivas o violentas que actúan sin mediar provocación.

Pues bien, el análisis del precario material probatorio aducido en apoyo del preacuerdo⁵, así como de las circunstancias antecedentes y concomitantes a la agresión del 11 de noviembre de 2009, permiten colegir que la situación de ira e intenso dolor reconocida a *JORGE TARAZONA LEAL*, no tiene fundamento fáctico y probatorio y, por ende, no era procedente aprobar el preacuerdo porque afectaba las garantías fundamentales a la verdad y a la justicia de las víctimas.

En efecto, reconocer situaciones alejadas a la realidad que alteran la forma como sucedieron los hechos, vulnera sustancialmente el derecho a la verdad, no sólo de las

⁵ Los únicos elementos de convicción mencionados en el escrito contentivo del preacuerdo son las entrevistas de *Sandra Milena Tolosa Lizarazo* y *María Nancy Vargas Hortúa*, docente del colegio donde laboraba el occiso, así como la versión del imputado.

víctimas sino de la sociedad, pues no es lo mismo afirmar que la muerte de *Campos Torres* se produjo por un ataque intempestivo, violento e injusto de *TARAZONA LEAL* que señalar que fue producto de su propio actuar al provocar de manera grave e injusta al acusado⁶.

Ello porque la diminuyente en cuestión exige materialización de los elementos que la estructuran porque no toda conducta generadora de rencor es grave e injusta ni su configuración comporta un estado de ira o su reconocimiento como atenuante de la punibilidad, pues ese estado emocional siempre deberá estar mediado u originado en el comportamiento grave e injusto de quien es objeto de la agresión, de suerte que se excluyen los eventos donde el proceder surge como consecuencia de una alteración del estado de ánimo no determinada por la provocación.

En los preacuerdos los elementos estructurales de la aminorante punitiva deben contar con **un mínimo de respaldo probatorio** que haga probable su materialización, tal como se señaló en el acápite anterior.

En ese orden, la sola conducta de *Campos Torres*, consistente en entablar una relación afectiva con la señora

⁶ También se afecta el derecho a la justicia porque la sanción será mucho menor a la que realmente correspondería.

Sandra Milena Tolosa y ser correspondido por ella, no puede calificarse como provocación a *TARAZONA LEAL* en tanto se trata de la decisión autónoma de dos personas adultas que no estaban obligadas a obtener aprobación del acusado ni de ninguna otra persona para dirigir su voluntad y sentimientos.

Lo anterior, además, porque la relación afectiva entre *Sandra Milena* y *JORGE TARAZONA LEAL* había finalizado meses atrás, decisión conocida por el procesado al punto que trató de reconquistarla, incluso en forma violenta según lo expuso en la versión suministrada a la Fiscalía⁷.

Entonces, *TARAZONA LEAL* era conocedor de la decisión libre y voluntaria de *Sandra Milena*, pues aunque vivían en la misma casa para facilitar el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre las hijas menores de edad, desde varios meses atrás ya no sostenían relaciones maritales ni mantenían el trato propio de esposos. Por ello, ante la inexistencia de vínculo amoroso entre esa pareja es válido afirmar la inexistencia de la infidelidad pregonada por la defensa. Tampoco es posible pregonar la traición y afectación de la honra y el honor indicada por el Tribunal.

⁷ Cfr. Audiencia formulación de acusación del 25 de mayo de 2010.

En otras palabras, el hecho de que *Sandra Milena Tolosa Lizarazo* hubiese decidido iniciar una nueva relación amorosa con *Edgar Alfonso Campos Torres* no puede constituir una acción ajena grave e injusta sino el libre desarrollo de la personalidad e intimidad de esas personas.

Y aunque ese hecho le desagradara a *TARAZONA LEAL* y le causara enojo, celos, incomodidad y sufrimiento emocional, no constituye la provocación grave e injusta por parte de *Campos Torres* exigida para considerar configurada la atenuante punitiva de la ira e intenso dolor, la cual, se repite, sólo se concreta si se demuestra la existencia de la provocación.

4. Señalar que *Sandra Milena*, por haber estado casada con *TARAZONA LEAL*, no podía relacionarse libremente con *Campos Torres*, o que a éste le estaba vedado acercarse sentimentalmente a ella, desconoce la autonomía y libertad propia de todo ser humano para orientar su comportamiento acorde con sus sentimientos y emociones. Esa postura, además, soslaya las garantías consagradas en la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, adoptada en Brasil el 9 de junio de 1994, de la cual Colombia es parte desde el 15 de noviembre de 1996. Acorde con ese estatuto:

Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;*
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;*
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;*
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;*
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;*
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;*
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;*
- h. el derecho a libertad de asociación;*
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y*
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones. (subrayas propias).*

Así mismo, desconoce que constituye obligación de los Estados procurar que prácticas consuetudinarias de discriminación sean erradicadas:

Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma

que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; (...). (subrayas propias).

En ese contexto, pensar que la mujer no puede elegir libremente sobre sus relaciones personales por el hecho de haber sostenido vínculos anteriores, pues con ello faculta al ex compañero para actuar violentamente y a las autoridades para atenuar en forma sustancial la sanción correspondiente, limita sus posibilidades de relacionarse y la pone en riesgo de agresiones. **En otras palabras, esa forma de razonar constituye una práctica jurídica y consuetudinaria que toleran la violencia contra la mujer.**

5. La revisión de los exiguos medios de convicción aducidos en apoyo del preacuerdo señala la inexistencia de elementos de convicción mínimos que documenten la provocación o acción ajena grave e injusta de parte de *Campos Torres* dirigida hacia *TARAZONA LEAL* que generara su reprochable proceder. Obviamente, ver a *Sandra Milena*

con otro hombre pudo generar en el imputado el malestar que desencadenó su accionar, pero esa reacción interna del imputado no constituye un proceder ajeno grave e injusto.

En ese orden, la decisión correcta comportaba anular la actuación desde el auto que aprobó la negociación e improbar el preacuerdo suscrito entre Fiscalía, el acusado y su defensor.

Lo anterior, además, porque esa situación afecta de forma trascendente las garantías fundamentales de las víctimas reconocidas en el proceso, esto es, el derecho la verdad y a la justicia (principio de trascendencia). Así mismo, la nulidad no es invocada por quien con su conducta dio lugar a la configuración del motivo invalidatorio (principio de protección). La irregularidad no puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado (principio de convalidación) y, dado el estadio procesal de la actuación, no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (principio de residualidad).

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada

Fecha ut supra.