



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente**

SP2168-2016

Radicación No. 45736

(Aprobado Acta No. 46)

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación propuesto por el defensor de **FREDY ERNESTO BELLO GÓMEZ** contra la sentencia del 10 de diciembre de 2014, en virtud de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado 28 Penal del Circuito con funciones de conocimiento del mismo Distrito Judicial, que condenó al nombrado y a ALONSO ALEXANDER DÍAZ TORRES por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, con la aclaración que su responsabilidad lo es en el grado de coautores.

HECHOS

Aproximadamente a las 17:40 horas del 17 de octubre de 2013, con base en información legalmente obtenida, según la cual en un inmueble ubicado en la Avenida Caracas N° 61-12, barrio Chapinero de esta ciudad se comercializaban y almacenaban sustancias estupefacientes, varios policiales pertenecientes a la SIJIN se dirigieron al lugar a efectos de realizar el allanamiento.

Al llegar al predio, subieron al segundo piso, donde funciona la recepción, y fueron atendidos por ALONSO ALEXANDER DÍAZ TORRES y **FREDY ERNESTO BELLO GÓMEZ**, a quienes se les hizo saber el motivo de la diligencia. En esa habitación hallaron cuatro talegas plásticas con cigarrillos, en papel blanco, contentivas de marihuana y otras bolsas más con marihuana y cocaína, todo con un peso neto de 1.805.5 gramos de marihuana y 24 gramos de cocaína.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia preliminar del día siguiente, el Juzgado 14 Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad legalizó la diligencia de registro de allanamiento, así como la captura en flagrancia de **FREDY ERNESTO BELLO GÓMEZ** y ALONSO ALEXANDER DÍAZ TORRES. La Fiscalía les imputó la coautoría en el injusto de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de

conservar, según su tipificación en el inciso tercero del artículo 376 del Código Penal, cargo que no aceptaron.

La Juez les impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad en el lugar de residencia¹.

2. Con fecha 9 de diciembre siguiente, se radicó preacuerdo suscrito por los imputados, el defensor y la Fiscalía 254 Seccional, en el que se pactó que aquéllos aceptaban los cargos con la degradación del modo de participación de autor a cómplice².

3. El 21 de abril de 2014, ante el Juzgado 28 Penal del Circuito con funciones de conocimiento, se celebró audiencia de verificación³ y el 14 de mayo ulterior se profirió sentencia⁴.

La Juez condenó a los procesados, a título de *cómplices*, a las penas principales de 48 meses de prisión y multa de 62 s.m.l.m.v. para cada uno, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

¹ Folios 16 a 18 de la carpeta.

² Folios 20 a 23 *Id.*

³ Folios 107 y 108 *Id.*

⁴ Folios 114 a 127 *Id.*

4. La defensa recurrió la decisión en cuanto al último aspecto compete y la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, en fallo del 10 de diciembre del año anterior, la confirmó, pero con la aclaración que *«la sentencia que se impone a los aquí condenados es a (sic) como coautores»*⁵.

5. El apoderado judicial de **FREDY ERNESTO BELLO GÓMEZ** interpuso recurso de casación y presentó el libelo correspondiente.

6. Por auto del 22 de mayo de 2015 se admitió la demanda y se fijó fecha para audiencia de sustentación⁶, la cual se realizó el 21 de septiembre siguiente.

LA DEMANDA

El jurista formula dos cargos al amparo de la causal primera del Código de Procedimiento Penal de 2004, que sustenta así:

Primero.

Falta de aplicación de los artículos 29 de la Constitución, 350 y 351 de la Ley 906 de 2004, que dio lugar al empleo indebido de otras disposiciones (no específica).

El Tribunal desconoció el preacuerdo celebrado entre las partes, en el que se determinó que los procesados

⁵ Folios 47 a 56 del cuaderno del tribunal.

⁶ Folio 5 del cuaderno de la Corte.

responderían como cómplices, justamente para lograr un descuento punitivo. Ese documento reunió las formalidades exigidas, se ajusta a la ley, fue aprobado por el Juzgado y no se reprochó en la alzada.

Solicita se case la sentencia y se señale que los encartados⁷ responden a título de cómplices.

Segundo.

Falta de aplicación del canon 29, inciso tercero, de la Carta Política puesto que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad.

Los hechos acaecieron en época previa a la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, lo que hacía procedente resolver el caso conforme a la norma anterior: el precepto 68A del Código Penal, adicionado por la Ley 1142 de 2007 y modificado por la 1453 de 2011, a cuyo amparo se ha debido conceder a los acusados la prisión domiciliaria.

Ello porque en las disposiciones preliminares no se incluía el tráfico de estupefacientes como delito excluido de tal beneficio.

Pide se case el fallo recurrido y, en su lugar, se reconozca la prisión extra mural.

⁷ Aunque el letrado se refiere a los dos procesados, solo recurre en nombre de **BELLO GÓMEZ**, pues DÍAZ TORRES, para ese instante procesal, ya se hallaba representado por un profesional distinto.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Recurrente.

El letrado se ratificó en los dos cargos propuestos e insistió en que el Tribunal violó directamente la ley sustancial al variar lo acordado entre las partes y aplicar una ley desfavorable a los acusados. De tener en cuenta la nueva norma, ellos tendrían derecho a la prisión domiciliaria.

2. No recurrentes

2.1. El defensor de ALONSO ALEXANDER DÍAZ TORRES se abstuvo de intervenir.

2.2. El Fiscal Décimo Delegado ante la Corte consideró que la sentencia debe ser casada, por razón de la prosperidad del primer reproche, no así por el segundo.

Asegura que, en principio, le asiste razón al recurrente en el sentido de reclamar que la condena lo sea en el grado de cómplice, pero, acota que el yerro del *ad quem* no deriva del desconocimiento del preacuerdo, porque los procesados aceptaron cargos en calidad de coautores, sino en que, no obstante, haber sido apelantes únicos, aclaró la decisión impugnada y modificó su contenido en disfavor de ellos, toda vez que representa un mayor reproche penal la condena como coautor.

En su criterio, la colegiatura incurrió, además, en desatino al utilizar el vocablo “aclarar”, cuando en realidad lo que hizo fue modificar, pues el error no era simplemente superfluo.

Refiere que los enjuiciados, a la luz del artículo 68A del Código Penal, con sus varias modificaciones, no tienen derecho a la prisión domiciliaria. El *ad quem* fue preciso en sustentar la razón por la cual los beneficios eran improcedentes conforme a las normas pertinentes. No procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena por falta del requisito objetivo, en los términos del artículo 68 original, pues la pena de prisión impuesta excede de 3 años. Y, a la luz de la Ley 1709 de 2014, tampoco es viable debido a que el delito endilgado está excluido de tal posibilidad.

En relación con la prisión domiciliaria, el precepto 38 del Código Penal, vigente para la fecha de los hechos, establecía que hay lugar a ella cuando la pena mínima prevista en la ley sea de 5 años, y en esta ocasión, según el canon 373-3 del Código Penal, aquélla oscila entre 96 a 144 meses. Por manera que lo pretendido por el libelista es que se haga una *lex tertia*, cuestión abiertamente improcedente.

2.3. La Procuradora Tercera Delegada ante la Corte pide que se case la sentencia, dada la prosperidad de los dos cargos, por lo siguiente:

El primero. La modificación hecha por el Tribunal, en el grado de participación, no se reflejó en una pena mayor, lo que conduciría a no quebrar el fallo dictado. Sin embargo, es preciso que la Sala se pronuncie en punto de la tipificación para resguardar la incongruencia entre la sentencia y el acuerdo.

Es erróneo el argumento del juez plural, conforme al cual, como la captura fue en flagrancia, el descuento debió ser solo de un cuarto de la pena y no de la mitad, en virtud de la punibilidad alternativa surgida en el acuerdo. Ello porque la prohibición de otorgar una rebaja mayor a un cuarto está referida al beneficio por aceptación de responsabilidad, manteniendo la forma original de la imputación; empero, no a las menguas que resulten de un cambio favorable a la forma de imputación.

No es posible mantener la imputación inicial para salvaguardar la legalidad y a ella sí aplicarle la pena alternativa. La congruencia se presenta entre el fallo y la tipificación favorable contenida en el acuerdo y de esta se desprende la punibilidad como único beneficio a otorgar.

El segundo. Los hechos acaecieron cuando estaba vigente el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, con la prohibición descrita en el 68A, éste introducido por la Ley 1142 de 2007; luego, la Ley 1709 de 2014 (precepto 29) modificó el 63 y mantuvo el beneficio para condenas inferiores a 4 años (48 meses) sin atender lo relacionado con los antecedentes penales dentro de los cinco años

anteriores. La Ley 1453 de 2011, que modificó el 68A, incorporó la prohibición del beneficio y los subrogados para los actores de ciertas conductas punibles, pero no estaba el tráfico de estupefacientes. Esta restricción se incluyó en el 2014.

En ese orden, hay lugar a aplicar, por favorabilidad, la norma más benigna, esto es, el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, sin tener en cuenta la prohibición por razón de la naturaleza del delito, habida cuenta que éste no estaba inserto en la disposición anterior.

CONSIDERACIONES

El asunto a resolver

1. La Corte no hará glosa alguna en punto de las falencias de la demanda, toda vez que, una vez admitida, lo procedente es ocuparse sobre el fondo del asunto.

2. Son dos los problemas jurídicos que, conforme al planteamiento del actor, debe resolver la Sala. El primero, si el Tribunal, pese a no haber agravado la pena impuesta, violó el principio de *no reformatio in pejus*, al “aclarar” el fallo de primer grado, para señalar que los acusados deben responder como coautores, no en calidad de cómplices; y, el segundo, si violó la ley sustancial al negar, con apoyo en la Ley 1709 de 2014, la prisión domiciliaria y si, por contera, hay lugar a reconocerla en el caso concreto.

Finalmente, debido a que se advierten algunas imprecisiones en el entendimiento del preacuerdo, determinará si, como asegura el *ad quem*, era inviable pactar con los procesados, por su captura en flagrancia, la pena prevista para el cómplice.

Los cargos

3. Primero.

3.1. La garantía constitucional de *no reformatio in pejus* constituye, a la vista del artículo 32 *superior*, un límite a la autoridad judicial que conoce en segunda instancia, consistente en que no puede agravar la pena impuesta del condenado cuando éste sea apelante único; entendiendo este concepto no referido exclusivamente al número de recurrentes de la sentencia condenatoria, sino a la naturaleza de sus pretensiones.

Dentro de las garantías y principios rectores previstos en la Ley 906 de 2004, aparece tal postulado en el artículo 20, pero de manera ampliada, en cuanto se establece que «*el superior no podrá agravar la situación del apelante único*», norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en CC C-591/05, con apoyo en las siguientes consideraciones:

La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la reformatio in pejus, a

cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso.

En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de la no reformatio in pejus conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del ad quem en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.

(...)

De igual manera, extender la prohibición de la reformatio in pejus a cualquier situación es conforme con un principio esencial de los sistemas acusatorios, cual es, la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. En efecto, la imparcialidad del órgano jurisdiccional que se pretende garantizar con el principio acusatorio exige que se impida condenar por hechos distintos de los acusados o a persona distinta de la acusada, es decir, debe existir una correlación entre el acto de acusación y la sentencia⁸.

Así mismo, ampliar la garantía de la interdicción de la reformatio in pejus constituye un medio para asegurar en mejor medida los derechos de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación, ya que cuando ésta se constituya en apelante único, el superior jerárquico no podrá desmejorar la situación en relación

⁸ Lorenzo Lujosa Vadell, “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal”, *Derecho Penal Contemporáneo*, 2004. p. 55.

con el disfrute de tales derechos amparados por la Constitución y por los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

*En suma, el principio de la limitación al superior se potencia mucho más en la filosofía y dinámica del nuevo sistema procesal penal, pues tratándose de un sistema de partes adquiere mayor sentido un límite para el superior. Por lo tanto, la extensión que el legislador operó de la garantía de la no reformatio in pejus es conforme con uno de los principios básicos del **sistema acusatorio**, cual es, limitar las facultades del superior jerárquico en sede de apelación.*

Por manera que todas las decisiones que adopte el *ad quem* están condicionadas por esa prohibición y vulnerará el aludido principio cuando altere el proveído objeto de alzada de forma tal que cause un detrimento al impugnante único.

Habrà, entonces, una violación de la ley sustancial cuando, en ese supuesto, el superior le imponga al condenado una pena mayor o cuando, en cualquier sentido, modifique su situación, haciéndola más nociva, como, por ejemplo, le fije una carga no considerada por el inferior, varíe su forma de responsabilidad por una que implique mayor reproche penal o con tal actuar le restrinja el acceso a un beneficio, subrogado o sustituto. Esa intervención, *ex officio*, conculca el debido proceso y el derecho de defensa.

3.2. En esta ocasión se constata que el Tribunal se ocupó sobre un punto no planteado por la defensa (único

apelante), y con ello, contrario al pensar de la Delegada del ministerio público, hizo más gravosa la situación de los procesados.

En efecto, el Juzgado de conocimiento emitió condena en su contra a título de *cómplices*, en observancia del preacuerdo suscrito por las partes. Contra ese fallo solamente el actor –para ese entonces apoderado de **BELLÓ GÓMEZ** y DÍAZ TORRES- interpuso recurso de apelación, mostrando su inconformidad por la negativa en conceder a sus prohijados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El juez colegiado, además de ocuparse sobre tal tópico, consideró que el *a quo* se equivocó en punto del grado de participación porque «*el delito en que incurrieron es coautores (sic) y la pena alternativa por virtud del acuerdo es la que corresponde a la de cómplices*»⁹. Adujo que la complicidad no corresponde a la adecuación legalmente debida y, aunque aclaró que no afectaría el *quantum* punitivo para no desconocer la prohibición de reforma en peor, lo cierto es que “aclaró” el proveído cuestionado y los condenó como *coautores*. Así resolvió:

*[c]on la claración referida de que la sentencia que se impone a los aquí condenados es a (sic) como coautores del delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes en la modalidad de conservar, **CONFIRMAR** la sentencia de 14 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado 28° Penal del Circuito con Función de*

⁹ Folio 6 del fallo, 52 del cuaderno del tribunal.

Conocimiento de Bogotá, que impuso como pena alternativa la sanción correspondiente a la de cómplices a (...).

3.3. El anterior proceder deja entrever los siguientes yerros:

(i) De un lado, que una aclaración en tal sentido es abiertamente improcedente porque lo clarificado por el juez plural implicó, en realidad, una modificación de lo resuelto por el singular respecto del grado de responsabilidad.

Como bien lo expuso el Delegado de la Fiscalía, no se trató de una simple corrección aritmética o de un aspecto trivial y menos de un punto pasado por alto por el inferior en la parte resolutive, pero sí abordado en la considerativa, sino de una variación sustancial en la estructura misma de la decisión. Veamos:

La Juez, en perfecta concordancia con el preacuerdo celebrado por las partes, en el que se varió el grado de participación, dictaminó que los procesados responderían como cómplices; tanto que en el resuelve fue precisa al indicar que los condenaba «a título de COMPLICES».

Por manera que el *ad quem*, al utilizar el término “aclaración”, no hizo cosa distinta que, de manera soslayada, modificar el proveído en un aspecto esencial.

(ii) En segundo término, que la magistratura empeoró la situación de los enjuiciados, quienes fueron apelantes

únicos, pues independientemente de que no hubiese aumentado el *quantum* de las sanciones impuestas, sí introdujo un cambio en la forma de participación.

Desde el punto de vista dogmático, mutar la condena de una persona de cómplice a coautor, implica un mayor juicio de reproche e incide, negativamente, en los antecedentes y en la concesión de subrogados y sustitutos penales. En ese orden, la colegiatura violó el postulado de *no reformatio in pejus*, consagrado en los artículos 31 de la Constitución Política y 20 de la Ley 906 de 2004.

Es que, de haber observado un efectivo error sobre ese punto -aunque, tal como se verá más adelante, no existió-, únicamente le era permitido hacer tal salvedad en las motivaciones de la providencia, pero sin que ella trascendiera al punto de modificar la apelada.

Por los motivos expuestos, el cargo prosperará y la Corte casará la sentencia confutada para confirmar, en cuanto a ese punto respecta, la de primer grado y declarar, entonces, que la condena de **BELLO GÓMEZ** y DÍAZ TORRES -se hace extensivo al no recurrente en casación, por hallarse en la misma situación- lo es en el grado de *cómplices*.

4. Segundo.

4.1. Los juzgadores examinaron la procedencia de la prisión domiciliaria a la luz de la Ley 1709 de 2014, por considerar sus disposiciones, en concreto, las relativas al

factor objetivo, más favorables. Sin embargo, para arribar a esa conclusión partieron de premisas erradas, esto es, que el marco punitivo a tener en cuenta para esos efectos, es el previsto para el *autor*, cuando lo correcto es observar el del *cómplice*.

En efecto, sostuvieron que como la pena prevista para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes oscila entre 96 y 144 meses de prisión -inciso tercero del artículo 376 de Código Penal, sin la disminución punitiva contemplada en el inciso tercero del artículo 30 *ejusdem*- y la mínima supera los cinco años de que trata el original artículo 38 *ibidem*, era obligado hacer la confrontación con el 38B, introducido por la Ley 1709 de 2014; empero, tampoco a su amparo había lugar a ella porque el injusto está enlistado dentro de los expresamente prohibidos por el precepto 68A.

4.2. Tal planteamiento se muestra incoherente frente a lo acordado por las partes en el preacuerdo, toda vez que allí no se convino una pena alternativa, como lo sugiere el *ad quem*, ni se estipuló el reconocimiento de un mero descuento punitivo, sino la aceptación de cargos a cambio de que se degradara la forma de participación de coautor a cómplice.

Aunque la Juez pareció haber entendido tal negociación, ello lo fue tan solo en apariencia. Obsérvese:

Una detenida lectura del documento, permite evidenciar que los señores **BELLO GÓMEZ** y DÍAZ TORRES admitieron su responsabilidad en los hechos, a cambio de que la Fiscalía les transformara el grado de participación y, con fundamento en ello, se les sancionara con una pena de 48 meses de prisión.

Tal entendimiento conducía a dos acciones por parte de los falladores: *una*, condenarlos a título de cómplices y, *dos*, examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice.

Obsérvese el texto del preacuerdo:

COMO QUIERA QUE EL IMPUTADO, ACEPTO los cargos ya referidos (sic). LA FISCALIA LE DA COMO UNICO BENEFICIO LA DEGRADACION DEL GRADO DE PARTICIPACION DE AUTOR A COMPLICE, TENIENDO ENTONCES EN CUENTA LO CONTEMPLADO EN ART. (sic) 30 DEL C.P., QUE SEÑALA QUE CUANDO SE TRATA DE COMPLICE SE DISMINUYE LA PENA DE UNA SEXTA PARTE A LA MITAD, SIENDO ENTONCES PROCEDENTE REDUCIR LA MITAD AL MINIMO DE ACUERDO A LOS PLANTEAMIENTOS ART. 60 NUMERAL 5 DEL CP. EN DONDE SEÑALA QUE SI LA PENA SE DISMINUYE EN DOS PROPORCIONES, LA MAYOR SE APLICARA AL MINIMO Y LA MENOR AL MAXIMO DE LA INFRACCION BASICA.

ENTONCES SI LA PENA MINIMA DE LA CONDUCTA DELICTIVA ACEPTADA ES DE 96 MESES, A LA MISMA SE LE REBAJA LA MITAD, ES DECIR QUEDA EN 48 MESES, LO MISMO OCURRIRIA CON LA MULTA, ES DECIR QUEDARIA DE SESENTA

Y DOS (62) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

SU SEÑORÍA LA FISCALÍA Y LA IMPUTADO (sic) A TRAVÉS DE LA DEFENSA, AL HACER EL PREACUERDO SE BASAN PRIMERO: EN LO CONTEMPLADO EN EL ART. 350 Numeral 2, EL QUE CONTEMPLA: “EL FISCAL Y EL IMPUTADO, A TRAVÉS DE SU DEFENSOR, PODRAN ADELANTAR CONVERSACIONES PARA LLEGAR A UN ACUERDO, EN EL CUAL EL IMPUTADO SE DECLARA CULPABLE DEL DELITO IMPUTADO, O DE UNO RELACIONADO DE PENA MENOR, A CAMBIO DE QUE EL FISCAL: 2. TIPIFIQUE LA CONDUCTA, DENTRO DE SU ALEGACION CONCLUSIVA, DE UNA FORMA ESPECIFICA CON MIRAS A DISMINUIR LA PENA. SEGUNDO. DIRECTIVA 01 DE SEPTIEMBRE DE 2006 CLAUSULA 3, LITERAL A), NUMERAL 3, SUSCRITA POR EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN (...).¹⁰

En la audiencia de verificación respectiva, surtida el 21 de abril de 2014 en el Juzgado de conocimiento, el Fiscal Seccional indicó que los procesados aceptan su responsabilidad y *«la Fiscalía les degrada su grado de participación en el punible antes mencionado de autor a cómplice»*¹¹; la Juez, por su parte, manifestó que en ese aspecto residiría la alianza hecha y así lo entendieron los acusados: **FREDY ERNESTO BELLO GÓMEZ** manifestó *«ya se pasaba a cómplice»*¹² y sería condenado a *«48 meses»*¹³ y ALONSO ALEXANDER DÍAZ TORRES inicialmente, con vacilación, adujo *«48 meses»*¹⁴, pero, al mostrar ignorancia sobre el tema, la funcionaria cognoscente le recordó que en la

¹⁰ Folios 20 y 21 de la carpeta.

¹¹ Minuto 09:48 del registro de la audiencia.

¹² Minuto 36:29 *Id.*

¹³ Minuto 36:46 *Id.*

¹⁴ Minuto 38:17 *Id.*

imputación se le formularon cargos en calidad de «autor»¹⁵ y, al respecto, le dijo *«¿es claro para usted que con el preacuerdo le degrada la fiscalía esa condición a cómplice? (...) y que ¿el preacuerdo se basó solamente en la rebaja, o no en la rebaja sino en la degradación de coautor a cómplice?»*¹⁶.

Lo anterior no deja margen de duda en que, por razón del preacuerdo, los procesados responderían penalmente a título de cómplices, lo que, como consecuencia, imponía a los jueces tener la pena correspondiente, esto es, 48 a 120 meses de prisión, como base para estudiar la procedencia de la prisión domiciliaria.

Vale la pena recordar que, según ha sostenido la jurisprudencia, para los efectos de la prisión en el lugar de residencia, *«por “conducta punible” ha de entenderse aquella que ha sido realizada en específicas circunstancias y se encuentra recogida no sólo en el tipo básico sino también en los dispositivos amplificadores de éste que lo dotan de sentido y delimitan el ámbito de punibilidad»*. Por consiguiente, *«al igual que las circunstancias específicas que agravan la punibilidad, todas aquellas modalidades del comportamiento del procesado de la parte general que amplían la esfera de los tipos comunes de la parte especial, deben ser valoradas al momento de establecer el límite punitivo establecido para acceder a la prisión domiciliaria.»* (CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 19948).

Así las cosas, atendiendo que la pena mínima es de 48 meses o 4 años, la viabilidad del sustituto debió ser

¹⁵ Minuto 39:03 *Id.*

¹⁶ Minuto 39:06 *Id.*

analizada de cara a las normas vigentes para la fecha de los hechos -17 de febrero de 2013-, época para la cual el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes no estaba incluido dentro de los injustos excluidos de ese beneficio.

El artículo 38 de la Ley 599 de 2000 preveía que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia siempre:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: (...).

La Ley 1142 de 2007 restringió esa posibilidad cuando la persona hubiese sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, lo que no se verifica en esta ocasión, y la Ley 1453 de 2011 introdujo una lista de injustos respecto de los que no era viable tal sustituto, entre los cuales no se incluyó el tráfico de estupefacientes.

4.3. Ahora bien, no obstante hacer la constatación del cumplimiento de la exigencia objetiva, el cargo no prosperará porque ese factor debe confluir con el subjetivo – el del numeral 2 del artículo 38-, que no se verifica por la

Corte dado que la naturaleza y gravedad del delito cometido, así como las condiciones de la conducta punible y la forma en que se produjo la captura, permiten suponer que **BELLO GÓMEZ** requiere de tratamiento penitenciario y no es posible deducir seria, fundada y motivadamente que no pondrá en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Importa destacar que el censor no hizo esfuerzo alguno por exhibir argumentos orientados a demostrar que ese reconocimiento se impone y tal parece que su pretensión se dirige a proponer la elaboración de una *lex tertia*, claramente inadmisibile, como lo ha sostenido la jurisprudencia en CSJ AP782-2014, rad. 34099, CSJ SP2998-2014, rad. 42623 y CSJ AP4733-2015, rad. 44927, entre otros.

En esos términos, el cargo no prospera.

5. Cuestiones finales.

5.1. La Corporación considera importante pronunciarse en relación con el argumento del Tribunal, según el cual

«una cosa es la pena alternativa a causa de la aceptación de los cargos, y otra la denominación correcta de la conducta por la que deben ser condenados de acuerdo con la ley, la que no se puede modificar al antojo de la fiscalía ni de las partes como como (sic) dispone la sentencia C-1260 de 2005, porque sobre ese presupuesto es que se hacen los preacuerdos y negociaciones, y

cuestión diferente, reiteramos, es la pena alternativa que puede sobrevenir por una adecuación favorable, cuyos límites debe controlar el juez, primero conforme al art. 57 de la Ley 1453 de 2011 y luego con base en el art. 351 de C de P.P, para no conceder varios beneficios al mismo tiempo.

Es cierto que en los preacuerdos los delegados de la Fiscalía General de la Nación están inhabilitados para crear tipos penales y para calificar jurídicamente los hechos de manera contraria a la ley penal preexistente, dado el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional en CC C-1260/05, pero sí están facultados para que, en aras de sacar adelante las negociaciones, adecuen la conducta en una descripción típica relacionada, que comporte una pena menor, siempre que las circunstancias fácticas no sean alteradas.

La Ley 906 de 2004 otorgó a dicho ente una amplia facultad dispositiva en materia de mecanismos de terminación extraordinaria de los procesos. Concretamente, en lo que toca con los acuerdos, la Corte reconoció sus atribuciones así en CSJ SP, 20 nov. 2013, rad. 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”¹⁷sobre 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.”¹⁸(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:

¹⁷Artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

¹⁸CORTE 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.

"Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena 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..."¹⁹(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

¹⁹CORTE 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.

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.

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 2º de la Constitución Política.

5.3. Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante la captura en flagrancia de los procesados, se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación²⁰, se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

²⁰ STP17226-2014, STP3646-2015 y STP10043-2015, radicados 76549, 78742 y 80476.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al inculcado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 *ibidem*. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el párrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así se desprende con nitidez de la sentencia adoptada en sede de control abstracto por la Corte Constitucional CC C-645/12, en la que se declaró exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley indicada *«en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.»*

En las conclusiones de esa decisión, se consignó:

La Corte Constitucional entonces declarará exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste– una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del parágrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia.

5.4. La Corte debe hacer un llamado a la Fiscalía y a los jueces de conocimiento en el sentido que los términos de los preacuerdos deben ser lo suficientemente claros para que todas las partes tengan absoluta claridad respecto de lo que se está conviniendo.

Así mismo, que no se podrán crear tipos penales ni variar la situación fáctica imputada, habida cuenta que se violaría el principio de legalidad.

El Juez que haga el control respectivo, debe esclarecer, durante la audiencia de verificación, cualquier pasaje oscuro en la redacción del texto y si, en todo caso, surgieran diversos entendimientos del mismo, deberán

interpretarse por los jueces a favor del acusado, por aplicación del principio de *favor rei*.

6. Decisión.

La Corte, con fundamento en lo anterior, casará parcialmente la sentencia por la prosperidad del primer cargo y en cuanto a ese aspecto compete confirmará la de primer grado que declaró a los procesados responsables a título de *cómplices*.

No casará la misma por virtud de la segunda censura.

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

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente, por razón de la prosperidad del primer cargo propuesto por la defensa, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para confirmar en lo pertinente el fallo de primer grado, que condenó a **FREDY ERNESTO BELLO GÓMEZ** y a ALONSO ALEXANDER DÍAZ TORRES como cómplices.

Segundo. No casar el fallo por virtud del segundo cargo.

Tercero. En lo demás, la providencia impugnada se mantiene.

Cuarto. Contra esta decisión no cabe recurso alguno

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Casación

Radicado. 45.736

Procesado: FREDY ERNESTO BELLO GÓMEZ y otros

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

El suscrito Magistrado, con el habitual respeto que tengo por las decisiones de la Sala, procedo a señalar las razones por las cuales salvo parcialmente el voto.

1. ANTECEDENTES

En la sentencia de casación referida se hizo la siguiente precisión:

«4.2. Tal planteamiento se muestra incoherente frente a lo acordado por las partes en el preacuerdo toda vez que allí no se convino una pena alternativa, como lo sugiere el ad quem, ni se estipuló el reconocimiento de un mero descuento punitivo, **sino la aceptación de cargos a cambio de que se degradara la forma de participación de autor a cómplice**».

En la providencia de marras se cita textualmente la propuesta del preacuerdo al que llegaron las partes:

«Como quiera que el imputado, aceptó los cargos ya referidos la fiscalía le da como único beneficio la degradación del grado de participación de autor a cómplice».

Y se registró en la decisión citada que en la audiencia de verificación se indicó por el ente acusador:

«Los procesados aceptan su responsabilidad y la Fiscalía les degrada su grado de participación en el punible antes mencionado de autor a cómplice».

La información registrada no deja duda que fiscal, defensor y procesado convinieron la responsabilidad por el delito imputado y como beneficio la menor pena que resultaba de la degradación de autor a cómplice, en otras palabras ese preacuerdo corresponde a la especie de que trata el inciso segundo del artículo 350 del C.P. que en este salvamento parcial de voto se denomina preacuerdo con degradación.

En el fallo de primera instancia se condenó a los procesados como responsables del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* en calidad de cómplices y se les impuso la pena que a esa situación jurídica correspondía.

La Sala con el criterio mayoritario admite que en los preacuerdos, sin diferenciarlos, el juez debe declarar la responsabilidad y condenar por el delito en las condiciones

preacordadas y no por el delito imputado, así se infiere del siguiente argumento:

«Tal entendimiento conducía a dos acciones por parte de los falladores: una, condenarlos a título de cómplices, y dos, examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos mínimo y máximos previstos para el cómplice.»

A mi juicio se da a los preacuerdos con la decisión mayoritaria de la Sala un tratamiento unificado sin miramientos a que ese fenómeno jurídico se manifiesta a través de tres especies con estructura y alcances diferentes, amén de que se avaló un criterio improcedente para el preacuerdo con degradación.

Los fundamentos de mi salvamento son los siguientes:

2. PREACUERDOS

2.1. Las finalidades.

Al fijarse los alcances de los mecanismos de política criminal no pueden soslayarse ni siquiera parcialmente los fines perseguidos con los institutos de los allanamientos y preacuerdos, que para nuestro medio están consignados en

el artículo 348 del C de P.P. y que corresponden a la humanización de la actuación procesal y de la pena, la pronta y cumplida justicia, lograr la solución de los conflictos sociales provocados por el delito, la reparación integral de los perjuicios ocasionados, la participación del imputado en la definición de su caso, todo ello dentro de un marco de legalidad, de respeto por las garantías fundamentales, de prestigio de la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

3.2. Modalidades de preacuerdos.

El artículo 350 del C de P.P. establece tres modalidades de preacuerdos, a saber:

3.2.1. Preacuerdo simple. Preacuerdo conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1º del C.P.P).

Las partes del proceso admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones en que se precisaron en la formulación de la imputación, pero se acuerda la cantidad de rebaja de pena que habrá de hacerse a la sanción impuesta, dada la fase procesal en que ese convenio se presente, además puede o no tener por objeto la negociación de subrogados o sustitutos penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación.

3.2.2. Preacuerdo con degradación. Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable pero con eliminación de una causal de agravación punitiva o algún cargo específico.

Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo del artículo 350 ídem, parte del supuesto que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o, en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia que se adicionó en la imputación, o acepte responsabilidad bajo la condición que se elimine el cargo por uno de los atribuidos.

El beneficio debe consistir en la menor pena que represente por la eliminación de una agravante o un “cargo específico” (numeral 1ª ídem).

La tipicidad que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no implica al menos la

modificación de la adecuación del comportamiento en el tipo básico conforme al cargo jurídicamente atribuido en la audiencia de imputación, hay solamente una degradación por razón de una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que se acepta responsabilidad por un hurto simple cuando venía siendo indiciado o acusado por un hurto calificado, o se atenúa la participación de autor a cómplice, o la forma de conducta de dolosa a culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

En cambio, cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se han imputado varias ilicitudes y la eliminación no de todas sino de una o algunas de estas constituye el pacto, por tanto se acepta culpabilidad por los demás reatos que el convenio no suprimió pero que sí fueron registrados como imputación jurídica en la audiencia preliminar.

El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, “el imputado se declarará culpable del delito imputado”, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que surja como consecuencia de la eliminación de una agravante o cargo específico, la que es representativa de una degradación.

3.2.3. Preacuerdo con readecuación típica. Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable de un delito relacionado con el imputado pero de pena menor, es la modalidad de preacuerdo con readecuación típica de la conducta.

Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P. Está condicionado el convenio a que la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente “relacionada” con el supuesto de hecho esencial o la conducta óntica y que tenga “pena menor” (ante un cargo por tentativa de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación admitir un abuso de confianza calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se “tipifique” de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, lo que implica una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por el imputado, pues se indica que “el imputado se declarará

culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.

La anterior solución traída por el legislador, que el imputado se declare culpable del delito “relacionado de pena menor”, por las razones que se ofrecen en los párrafos siguientes, no debe ser de recibo y la redacción de la disposición demanda de la jurisprudencia una precisión sistemática y armónica con el mecanismo del preacuerdo y con el orden jurídico, para que no se afecten garantías de la víctima ni los fines específicos de la institución en examen.

El artículo 348 del C de P.P. anuncia como finalidad de los preacuerdos la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, éste interés constitucionalmente se le ha reconocido a la víctima como uno de sus derechos en el proceso penal, supuesto del que la jurisprudencia ha derivado el reconocimiento de facultades para que intervenga y sea considerada en la actuación que se adelante y en las decisiones que se adopten, ejemplo de ello es la sentencia C-516 de 2007, en concordancia con los fallos C-1260 de 2005, C-457 de 2006 y C-209 de 2007.

La intervención de la víctima y sus derechos a la verdad, justicia y reparación tienen naturaleza constitucional, se derivan del numeral 7° del artículo 250 de la C.P.

La Ley 906 de 2004 ha condicionado la eficacia de los preacuerdos a reglas tales como i) el reintegro del 50% del valor del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo y se asegure el recaudo del remanente (artículo 349 ídem), ii) la justicia del negocio jurídico, pues no pueden desprestigiarla (artículo 348-2 ibídem, iii) no son vinculantes cuando desconozcan o quebranten garantías fundamentales (artículo 351, inciso 4 ejusdem).

Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el delito imputado, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación en el preacuerdo que conlleva esa modalidad, porque con esta última solución se afectan garantías fundamentales de la víctima.

Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al procesado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente. La importancia de esta regla estriba en que la reparación e indemnización de la víctima está en relación directa con la responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C.

Por ende los derechos de las víctimas (verdad y reparación) no se afectan cuando en cualquiera de las especies de preacuerdos se mantiene la responsabilidad conforme al delito cometido y lo único que se modifica es la pena, estas mutaciones son las que corresponden exclusivamente a razones de política criminal, a las rebajas o beneficios por justicia premial.

Las normas que integran la Ley 906 de 2004 y especialmente las que regulan los allanamientos y preacuerdos, registran que la intención del legislador con los preacuerdos, cualquiera sea su especie, fue la de otorgar una rebaja de pena como beneficio por aceptarse responsabilidad en el delito cometido, de ahí que las modalidades del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. no sean más que instrumentos para cuantificar la sanción como consecuencia de la culpabilidad. Así por ejemplo en los artículos 350, 351, 352 y 353 del C de P.P., entre otros, se lee: “con miras a disminuir la pena”, “pena menor”, “cambio favorable con relación a la pena”, “la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, “la pena imponible se reducirá”, “los beneficios de punibilidad”.

La razón primordial por la que los beneficios por justicia premial no pueden desconocer la responsabilidad por el delito cometido es precisamente por las garantías constitucionales que corresponden a las partes e intervinientes del proceso, como lo son la verdad, la justicia

y la reparación, las que se verían afectadas si se declara responsable a un procesado por un delito culposo cuando el cometido lo fue en modalidad dolosa, se subraya el problema es cuando se altera la responsabilidad no la pena.

El agravio de que se habla se advierte con facilidad si se tiene en cuenta que los perjuicios y la reparación deben corresponder a la responsabilidad penal declarada por el juez en la respectiva sentencia, decisión o declaración ésta que en el proceso penal o en uno de jurisdicción civil no se puede desconocer. En el ejemplo de marras, si la responsabilidad se declara por el delito imprudente aceptado en el preacuerdo, conlleva a que la reparación se rijan por la compensación de culpas y que esta forma de conducta genere una reparación menor si se compara con los guarismos a que habría lugar de declararse la responsabilidad penal por el delito doloso realmente cometido.

Cierto es que la víctima no está obligada a aceptar los perjuicios del preacuerdo (artículo 351, inciso 6 del C de P.P.), pero ante la misma u otra jurisdicción el reclamo no puede desconocer la declaración de responsabilidad fundada en los supuestos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta en el proceso penal y por los que se le declaró responsable y condenó, como ha quedado expresado anteriormente. Que así lo es, lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ejemplo de

ello es la sentencia proferida el 6 de febrero de 2007 en el expediente con radicación 45.736, en la que se expresó:

“Y más recientemente, en sentencia 164 de 14 de octubre de 2004, expediente número 7637, dijo la Corporación: ‘para justificar las razones de tal influencia o interdependencia, ha puntualizado la Corte que los pronunciamientos penales ..., de suerte que, una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable a otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo, pues se encuentra cobijado por la autoridad de la cosa juzgada, postulado que, ‘amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la *sindéresis* desde que parte de la premisa incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. La verdad es única, ‘y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicado y en lo civil se afirmase lo contrario’ (cas. civ. de 29 de agosto de 1979. Cfme. cas. civ 12 de octubre de 1999, Exp, 5253)”.

La declaración de responsabilidad por el delito cometido e imputado tiene consecuencias no solamente en el campo de la reparación sino también en los demás fenómenos jurídicos que ello implica, como la extinción de la acción penal, la que se rige en el proceso por la tipicidad imputada no por la aceptada, en tanto que la pena, los subrogados y la prescripción de la pena se regirán por la sanción impuesta en la sentencia

Queda así precisado por qué para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por la tipicidad convenida en el preacuerdo, sino por la que corresponde a la atribuida en la imputación y que obedece a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si deben corresponder a la sanción negociada en el *preacuerdo simple, degradado o con readecuación*.

De otra parte, y, para el preacuerdo con readecuación típica, debe decirse que el inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., al referirse a las formas de preacuerdo por aceptación de responsabilidad por el delito imputado o aceptación de culpabilidad por el delito preacordado típicamente, indica el beneficio con la frase “a cambio de que el fiscal” y enuncia seguidamente como posibilidades i) la eliminación de una agravante o cargo específico y ii) la tipificación de la conducta que implique una pena menor.

La redacción del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. pareciera permitir que los supuestos de los numerales 1 y 2 del inciso segundo se pueden aplicar a las dos modalidades de preacuerdo que allí se refieren (preacuerdo con degradación y preacuerdo con readecuación), pero un examen sistemático de este texto con el ordenamiento jurídico, la dogmática penal y sus principios, nos llevan a precisar que el preacuerdo con degradación solo admite el

supuesto del numeral primero, esto es, debe permanecer inalterable el tipo básico que corresponde a la conducta óntica, en tanto que la del numeral segundo conlleva un cambio de tipicidad básica o especial y solo es propia o compatible con la aceptación de responsabilidad por un delito relacionado, en los términos ya explicados.

En las condiciones señaladas, me aparto del criterio mayoritario de la sala, porque a mi juicio refunde en una sola modalidad de preacuerdo las dos hipótesis del inciso segundo del artículo 350 del C.P.P. y les asigna el mismo tratamiento, cuando no es equivalente, como se vio, pues se sostiene que en todos los casos se debe condenar no por el delito imputado sino por la tipicidad que surja de la eliminación de una agravante, un cargo específico o una readecuación de tipo penal, solución ésta que no comparto.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

Fecha ut supra