



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP9379-2017
Radicación N° 45.495
(Aprobado Acta N° 204)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete
(2017)

VISTOS

Culminada la audiencia de sustentación de que trata el art. 184 inc. 4° de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ, contra la sentencia del 26 de noviembre de 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'P' followed by a horizontal line and a small flourish.

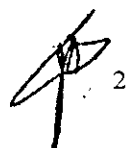
I. HECHOS

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, el 16 de septiembre de 2013, a las 11:20 a.m. aproximadamente, en la carrera 80 con calle 84 del municipio de Carepa (Antioquia), agentes de policía solicitaron una requisa a ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ, a quien le hallaron en su poder un arma de fuego de fabricación artesanal, tipo pistola, compatible con calibre 5.56 x45, un cartucho calibre 7.62 y dos cartuchos calibre 5.56. Los cartuchos, idóneos para ser disparados por dicha arma de fabricación hechiza, son compatibles con armas de fuego de largo alcance como *fusiles o ametralladoras*.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los referidos hechos, el señor ÁLVAREZ fue aprehendido en flagrancia. Al día siguiente, ante el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Chigorodó (Antioquia), luego de legalizarse la captura, la Fiscalía imputó a aquél, en calidad de autor, la posible comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos (art. 366 del C.P., modificado por el art. 20 de la Ley 1453 2011, en conexión con el art. 9° del Decreto 2535 de 1993), en la modalidad de *porte*. El imputado aceptó unilateralmente el cargo.

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Antioquia. En audiencia del 31 de enero de 2014, el juez verificó la legalidad de la aceptación de cargos y, en consecuencia, en audiencia de individualización de pena y sentencia, llevada a cabo el 9 de junio subsiguiente, dictó el fallo correspondiente. Por estimar acreditada la responsabilidad penal, condenó a ALCIDES FRANCISCO



2

ÁLVAREZ a las penas de prisión, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de 115 meses y 15 días.

Habiendo interpuesto el defensor el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia lo confirmó mediante sentencia del 26 de noviembre de 2014.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda. Mediante auto del 19 de octubre de 2016, la Sala admitió el libelo.

En sesión del 15 de mayo de 2017 se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron el defensor, el Fiscal 11 delegado ante la Corte Suprema de Justicia y la Procuradora 3ª delegada para la Casación Penal.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1 Por la vía del art. 181-2 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), el defensor formuló un único cargo denunciando la vulneración del debido proceso, tanto por afectación sustancial de su estructura como por desconocimiento de garantías fundamentales.

En relación con aspectos estructurales, alega, existe incongruencia entre los términos de la imputación -que por haber sido aceptados por el señor ÁLVAREZ equivalen a la acusación- y la sentencia. Ello, como quiera que, en la imputación fáctica, el fiscal se abstuvo de atribuirle a aquél el porte de las municiones que le fueron incautadas -cartuchos-. Pese a que en lo



concerniente a los hechos el cargo se restringió al porte del arma de fuego de fabricación artesanal, destaca, en la sentencia se incluyó como aspecto perteneciente a la materialidad de la infracción el porte de las municiones.

En punto de la afectación de garantías fundamentales, prosigue, la condena se impuso al acusado con violación del debido proceso, por cuanto la conducta a él atribuida deviene atípica.

Sobre el particular, expone, el arma hechiza incautada a ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ carece de aptitud para disparar. Si bien en el informe de investigador de campo del 16 de septiembre de 2013, que soportó la formulación de imputación, quedó constancia de que el arma pudo ser disparada, también es verdad que no se describieron los procedimientos técnicos empleados ni se determinó si debieron utilizarse elementos extraños a la pistola para obtener el disparo. De ahí que, puntualiza, el investigador sugirió que debía realizarse un examen al artefacto por un perito en balística forense. Esa fue la razón por la cual, dice, la Fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, por *“carencia de elementos materiales probatorios para sustentarla”*.

Un día después de la audiencia de formulación de imputación, continúa, la Fiscalía recibió un informe de investigador de laboratorio, donde un perito balístico concluyó que, después de realizar la prueba de disparo, el arma de fuego incautada -de fabricación hechiza y de funcionamiento tiro a tiro- se encuentra en mal estado de funcionamiento y no es apta para producir disparos. Esto, debido a que la pistola no presenta martillo, que es la pieza encargada de golpear la aguja percutora con fuerza y producir el disparo. Para poder ser disparada, resalta

el libelista parafraseando el informe pericial, se necesita un elemento contundente ajeno al arma para que haga la función de martillo.

El 31 de enero de 2014, añade, en curso de la audiencia de verificación de legalidad de la aceptación de culpabilidad, el juez de conocimiento apreció un tercer informe pericial aportado por la Fiscalía, rendido el 13 de diciembre de 2013, en donde se concluyó que la pistola artesanal en cuestión, luego de efectuarse la prueba correspondiente, tiene la capacidad de recibir la unidad de carga y producir disparos, siempre y cuando, de forma manual, se utilice un elemento contundente, ajeno al arma, para golpear la parte posterior de la aguja percutora.

Como la pistola, subraya, fue fabricada con el fin de ser operada manualmente, siendo necesaria la utilización de objetos *adicionales* contundentes para activarla (una piedra o martillo), la sentencia se dictó yendo más allá de lo acusado, pues se tuvieron en cuenta elementos no incautados, así como municiones que no se mencionaron en la imputación fáctica ni jurídica. Inclusive, destaca, en la sentencia de segunda instancia se “*completó*” el arma, para afirmar su idoneidad para disparar, haciendo alusión a un resorte que no fue relacionado en el tercer dictamen en balística.

Ahora, aclara, si bien en el primer informe de investigador de campo quedó consignado que el arma pudo ser disparada, no es menos cierto que allí no consta qué clase de exámenes o experimentos se realizaron ni se indicó qué función tenía el resorte. Fue el propio investigador, quien, subraya, solicitó un examen balístico adicional por peritos, quienes en dos ocasiones determinaron que el arma, “*por sí sola*” -sin aditamentos extraños a ésta- no es apta para disparar.

Por consiguiente, alega, la conducta es atípica porque un arma de fuego carente de idoneidad para disparar no amenaza la seguridad pública. En tales condiciones, añade, el allanamiento no es suficiente para declarar la responsabilidad penal, lo cual, en su criterio, da lugar a *“la nulidad de lo actuado desde la aprobación de la imputación”*, en la medida en que no puede avalarse la aceptación de responsabilidad por una conducta que no se adecua en ningún tipo penal.

Los yerros denunciados, concluye, configuran la aplicación indebida del art. 366 del C.P. por falta de aplicación del art. 381 del C.P.P., dado que no se contaba con prueba para condenar. En tal virtud, solicita a la Corte que case la sentencia y absuelva al acusado o, en su defecto, anule la actuación hasta la aprobación de la aceptación de cargos.

Esta petición fue reiterada en el curso de la audiencia de sustentación del recurso de casación, en cuyo marco el defensor sustituto ilustró a la sala sobre el contenido de los informes periciales anteriormente mencionados, con base en los cuales reafirma la ausencia de prueba sobre la materialidad de la infracción.

3.2 Por su parte, **el fiscal** alega que el cargo formulado en la demanda de casación no tiene vocación de prosperidad, por cuanto, habiéndose presentado la aceptación de la imputación, al tenor del art. 293 del C.P.P. al juez sólo le es dable examinar que el allanamiento sea legal, sin que sea admisible la retractación. En el presente caso, agrega, de ninguna manera se dictó una sentencia condenatoria con violación del debido proceso.

En la imputación, puntualiza, se endilgó el delito con fundamento en: i) el informe ejecutivo de policía judicial; ii) el



informe de la captura en flagrancia; iii) el acta de incautación del arma y iv) la prueba preliminar practicada a ésta. Allí, destaca, se determinó que la pistola es apta para producir disparos, hecho respaldado en que el investigador la accionó y pudo dispararla.

Si bien, agrega, posteriormente, se adujeron dos dictámenes periciales, indicativo el primero de que el arma no es apta para disparar por falta de martillo, y el segundo que sí es idónea para producir disparos, pero con martillo u otro elemento adicional, no es procedente improbar el allanamiento ni absolver por atipicidad. La labor del juez, expone, debe limitarse a verificar si la aceptación de culpabilidad es libre, voluntaria, suficientemente informada y si hay un mínimo probatorio para sustentar la responsabilidad. Los posteriores dictámenes, a su modo de ver, no son suficientes para desvirtuar la prueba mínima requerida para dictar sentencia condenatoria, como quiera que, por virtud del principio de libertad probatoria, no es imprescindible un dictamen pericial para probar la aptitud de disparo del arma incautada.

La Fiscalía y el juez de primera instancia, resalta, contaron con un informe de policía judicial al respecto, quien por su experiencia como funcionario y su instrucción en manejo de armas constató -realizando un disparo- que el artefacto sí era apto para disparar. En esa oportunidad, subraya, el investigador dejó constancia de que la pistola funcionaba manualmente con un cartucho o resorte, por ser un arma artesanal. Esa aseveración sobre el aditamento está respaldada con el acta de incautación, indicativa de que el arma contaba con un resorte plástico para poder ser accionada.

Cuando la pistola se dejó a disposición del perito, prosigue, no se le entregó el resorte con el cual fue incautada el arma. El



segundo perito advirtió que faltaba el elemento que permitiría la percusión, pero aclaró que, con la utilización de ese elemento, el arma sí debe considerarse apta para disparar.

Bien se ve, destaca, que además de que los dos dictámenes periciales mencionados por el defensor no resultaban necesarios para verificar la legalidad del allanamiento y dictar sentencia, los peritos no contaron con el arma completa al momento de los exámenes. En el caso, expone, se probó que la pistola sí disparaba y era apta para lo que fue creada. La irregularidad en la cadena de custodia, cifrada en la pérdida del resorte, enfatiza, fue posterior a la prueba de disparo documentada en el informe de investigador de campo que fundamentó la imputación aceptada por el señor ÁLVAREZ. De ahí que, concluye, no se vulneró ninguna garantía fundamental que justifique la casación de la sentencia impugnada.

Finalmente, **la procuradora para la casación penal** expuso que, en punto de la alegada vulneración del debido proceso por incongruencia entre acusación y sentencia, el reproche es infundado por cuanto, revisado el registro de audio correspondiente (min. 30:00), se advierte que al imputado le fue atribuido tanto el porte del arma hechiza como el de las dos municiones, que fueron mencionadas en la sentencia de primera instancia.

En relación con las características del arma, expone, luego de detallar el contenido de los plurimencionados informes, que la conducta es atípica por no ser aquélla apta para disparar. En tales condiciones, subraya, de ninguna manera pudo el acusado haber amenazado la seguridad pública.



Habiéndose determinado que el arma concernida era hechiza y que por sí misma no tenía la idoneidad para afectar la seguridad pública, prosigue, dado que no estaba acompañada de un elemento adicional contundente para posibilitar un disparo o detonación, hay atipicidad de la conducta *“en relación con el aspecto subjetivo”*, así como ausencia de idoneidad para poner en peligro el bien jurídico tutelado por el art. 366 del C.P. Por tratarse de la valoración de *“elementos subjetivos”*, destaca, la declaratoria de responsabilidad no puede fundamentarse únicamente en el allanamiento a cargos, pues el art. 11 del C.P. exige la antijuridicidad material de la conducta, expresada en la efectiva lesividad¹. Mas con los informes forenses de balística incorporados a la actuación, en su criterio, no puede afirmarse el desvalor de resultado de la conducta.

En consecuencia, solicita a la Sala que case la sentencia recurrida para que *“se declare la atipicidad de la conducta”*.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda se declaró ajustada a las exigencias previstas en el art. 184 del C.P.P., la Sala analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, especialmente las dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establecido en el artículo 180 *ídem*.

¹ Al respecto, hace referencia a CSJ SP 15 sept. 2004, rad. 21.064 y SP 25 may. 2006, rad. 21.923.



4.1 El debido proceso *abreviado* y los contenidos del control judicial aplicable a la aceptación unilateral de culpabilidad

En el art. 29 inc. 1° de la Constitución se reconoce la dimensión jurídico-objetiva del debido proceso. Que éste haya de aplicarse a *toda* clase de actuación judicial implica la consagración de un instituto jurídico que, en el ámbito de los procedimientos jurisdiccionales, ha de materializar las máximas fundantes del Estado constitucional.

La concreción de la vigencia de un orden justo a través de la función de administración de justicia no puede lograrse de cualquier manera. El Estado de derecho garantiza que el proceso penal ha de transcurrir por senderos respetuosos de los derechos fundamentales y servir a las finalidades esenciales del *ius puniendi*. De ahí que el concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone su desarrollo legal, esto es, la *configuración normativa* de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2° *idem* preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a *leyes* preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las *formas propias de cada juicio*. En consecuencia, la delimitación del ámbito de protección del debido proceso ha de consultar *el desarrollo legal pertinente*.

El *ámbito de protección* del derecho al debido proceso está demarcado, entonces, tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la *específica configuración legal* de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de clara *composición normativa*.



En esa dirección, al proceso penal diseñado por la Ley 906 de 2004 pertenece una *particular faceta*, derivada de una concepción *premial* o *transaccional* de la justicia. En aras de la practicidad y la eficiencia en la administración de justicia penal, se posibilita la terminación anticipada del proceso por la vía de la aceptación de responsabilidad, a cambio de la obtención de beneficios expresados en una menor respuesta punitiva del Estado. Como lo precisa la jurisprudencia, la ley prevé la existencia de un *debido proceso abreviado* (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871), regido por una *sistemática y una teleología diversas* a las aplicables a la tramitación ordinaria del proceso y, desde luego, configurado a través de *formas procedimentales diferentes* al juicio oral.

De cara a la resolución del asunto bajo examen, la Sala ha de destacar *algunos* aspectos propios del debido proceso, derivados de la figura del *allanamiento a cargos* en la audiencia de formulación de imputación. A partir de ello, han de comprenderse, por una parte, los límites y el contenido del control judicial aplicable a dicha forma de terminación anticipada del proceso; por otra, las problemáticas planteadas por el censor.

4.1.1 Al tenor del art. 286 del C.P.P., la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación, en audiencia ante el juez de control de garantías, *comunica* a una persona su calidad de imputado. Para llevar a cabo dicho acto, en lo sustancial, el fiscal deberá contar con elementos materiales probatorios con base en los cuales sea dable inferir razonablemente que el indiciado puede ser autor o partícipe del delito que se investiga (art. 287 *idem*).

En el marco de la imputación, dichos medios de conocimiento -elementos materiales probatorios, evidencia física o



información legalmente obtenida-, pese a ser el soporte material de la inferencia de autoría o participación, *no deben ser descubiertos* al imputado ni a la defensa por parte del fiscal, quien tampoco ha de dar traslado de los mismos al juez de control de garantías (art. 288-2 C.P.P.). Esto, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

El procedimiento de descubrimiento tiene lugar principalmente en la audiencia de formulación de *acusación*, cuando la Fiscalía enuncia ante el juez los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer *como prueba* en el juicio (C. Const. sent. C-1194 de 2005). Ya en el curso de éste, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se *perfecciona* el descubrimiento, pues es allí donde tienen lugar la contradicción y la controversia, surgiendo la plena garantía del derecho de defensa (sent. C-127 de 2011). En estricto sentido, la figura del descubrimiento es un asunto perteneciente a la fase de juicio oral (CSJ SP 21 feb. 2007, rad. 25.920 y C. Const. C-1260 de 2005).

4.1.2 Ahora, de acuerdo con el art. 293 del C.P.P., si el imputado por iniciativa propia acepta la imputación, se entenderá que *lo actuado es suficiente como acusación*. En consecuencia, la Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación -equivalente a la acusación-, que será enviado al juez de conocimiento. Examinada por éste para determinar que la aceptación de culpabilidad es espontánea, libre y voluntaria, procederá a aceptarla sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes y, enseguida, convocará a audiencia para la individualización de pena y *sentencia*.

La retractación por parte de los imputados que acepten cargos, añade el parágrafo de la norma, sólo será válida siempre



y cuando se acredite que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

En estos casos se trata de una forma de composición del conflicto en la cual el juez interviene apenas *de manera adjetiva*, para vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad y a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes (CSJ AP 7 may. 2014, rad. 43.523).

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por una parte, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de supervisión sobre el respeto de las garantías fundamentales en cabeza del acusado. Sobre el particular, la jurisprudencia (CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834) tiene dicho que:

no es posible sustraerse de la aceptación de responsabilidad a menos que, como la propia norma lo prevé, concurra un *vicio en el consentimiento* del procesado o se *transgredan sus garantías*², según se extrae del párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, insertado por la Ley 1453 de 2011, el cual debe interpretarse en armonía con el artículo 351 del mismo estatuto procedimental, que al regular lo concerniente a las modalidades de aceptación de cargos en su inciso cuarto, precisa que éstas imponen su aprobación por parte del juez de conocimiento, salvo que se desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

Dicho párrafo ya fue objeto de estudio por parte de esta Corporación³, concluyendo que es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es,

² CSJ SP 28 ago. 2013, rad. 41.295.

³ CSJ SP 13 feb. 2013, rad. 40.053.



consentimiento viciado o desconocimiento de garantías, con la carga para quien lo aduce de demostrar que efectivamente se configuró alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una de las cuales haya determinado por sí sola, la aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación.

Rigiendo entonces un principio legal de irretractabilidad, si la alegación de culpabilidad fue efectuada libre, consciente, voluntaria y espontáneamente ante el juez de control de garantías sólo habría lugar a improbar el allanamiento o a admitir una excepcional dimisión por el procesado si su consentimiento para aceptar la responsabilidad penal por los cargos formulados se hallare *viciado* por error, fuerza o dolo (cfr. CSJ SP 15 may. 2013, rad. 39.025 y CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834).

La imposibilidad de retractación es una limitación justificada en pro de materializar una debida administración de justicia penal *abreviada*.⁴ Entre otras consecuencias, el allanamiento a cargos entraña la *renuncia* del imputado a ser juzgado públicamente (art. 250-4 de la Constitución), así como a las prerrogativas inherentes a este derecho fundamental. Ello se extracta del art. 8° lits. b), j) y k) del C.P.P. Quien acepta la imputación no sólo se autoincrimina, sino que *desiste a solicitar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra*, a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación de las pruebas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate.

⁴ Sobre el particular, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, expuso la Sala: “*en respeto al principio de la buena fe, a la lealtad procesal y para ofrecer seguridad al sistema acusatorio, en los casos en que el procesado renuncia a sus garantías para admitir su compromiso penal rige el principio de irretractabilidad el cual lo inhibe para revocar expresa o tácitamente los términos del allanamiento o el acuerdo, ora para deshacerlos o modificarlos, no de otra forma se desdibujaría el propósito de la política criminal de lograr una rápida y eficaz administración de justicia*”.

4.1.3 Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de ésta por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7° inc. 3° y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria *lato sensu*, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.

Por consiguiente, es garantía fundamental de quien acepta la imputación -sin ningún vicio en su consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos- que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en medios de conocimiento que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva.

Al respecto, mediante la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, la Sala puntualizó:

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



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

Y siendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida el medio de articular -en el procedimiento abreviado- los hechos con el derecho, es claro que ese control racional de verosimilitud supone la incorporación de aquéllos a la actuación, para ser valorados por el juez de conocimiento. Sobre el particular, ha expuesto la Corte (CSJ SP 19 oct. 2006, rad. 25.724):

En el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004 es claro que solo pueden ser consideradas como *pruebas* y, por ende, servir de soporte a las providencias judiciales, aquellas que hayan sido debidamente presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, pues en virtud del *principio de inmediación*, previsto en su artículo 379, el Juez deberá tener en cuenta como pruebas *únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...*

En esas condiciones, en supuestos como el presente, en donde los cargos son aceptados en la audiencia de formulación de la imputación, evidentemente ningún medio de prueba se practica delante del juez, por la exclusión obvia del juicio oral. En esos eventos, en consecuencia, la sentencia puede fundamentarse en aquellos elementos recaudados por la fiscalía siempre que ***hayn sido incorporados legalmente a la actuación***.

La jurisprudencia constitucional (sent. C-1260 de 2005), a la hora de analizar la compatibilidad de la renuncia a los derechos a la no autoincriminación y al adelantamiento del juicio en los términos establecidos en el art. 8° lit. 1) del C.P.P. con la Constitución, destacó la necesidad de que la condena dictada en virtud de aceptación de culpabilidad esté soportada en *medios de prueba*:



Lo anterior, por cuanto aceptados por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y ***existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria***, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, ***debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado***. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

En ese entendido, incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar *con suficiencia* que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 *idem*). Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional (C-1195 de 2005) al afirmar que “*el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad*”.

4.1.4 Ahora bien, tratándose de aceptaciones de cargos en la formulación de imputación, la incorporación de los elementos materiales probatorios habrá de ser concomitante a la presentación del escrito contentivo de la misma -que se entiende *equivalente a la acusación* (art. 293 C.P.P.)- ante el juez de conocimiento. Ello, conforme al mandato previsto en el art. 142-2 *idem*, según el cual es deber del fiscal suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e información de que tenga noticia, incluidos los

que le sean favorables al *acusado*. Éste, al tenor del art. 125-3 *idem*, además, tiene derecho a que su defensor, *en el evento de una acusación*, conozca todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.

En esos términos, la incorporación de los medios de conocimiento a la actuación no sólo es presupuesto material para que el juez pueda dictar sentencia condenatoria, si la valoración de aquéllos junto a la aceptación de culpabilidad acredita la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado (art. 9° del C.F. y 381 del C.P.P.), sino que es necesaria a fin de garantizar el derecho de todo imputado a conocer las pruebas que se invocan en su contra (art. 8 lit. j del C.P.P.).

4.1.5 No obstante, la prerrogativa de *conocimiento* de las “*pruebas*”, en eventos de aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, no significa que la defensa -tanto material como técnica- esté habilitada para *controvertirlas*. Por una parte, debido a que, como se expresó con antelación (*supra* num. 4.1.2), la renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad⁵ y contradicción probatorias; por otra, en la medida en que el cuestionamiento de las premisas fácticas que, habiendo sido aceptadas como ciertas, fundamentan la decisión condenatoria, tácitamente se estaría presentando una retractación del allanamiento, lo cual -salvo eventualidades de vicios en el

⁵ Sobre ese particular, med. ante el AP 27 jun. 2012, rad. 38.911, la Sala clarificó, en un caso donde tardíamente se acreditó que el procesado se encontraba en estado de inimputabilidad al momento de cometer los delitos, que el principio de irretroactividad que gobierna las aceptaciones de culpabilidad imposibilita formular reparos respecto a la práctica de pruebas y el consecuente adelantamiento de un juicio, pues la esencia de esa aceptación unilateral de voluntad o de la bilateral propia del acuerdo es que, a cambio de la reducción de pena u otros beneficios procesa es, el imputado y su defensor renuncian a controvertir ese tipo de aspectos.



consentimiento o conculcación de garantías- está proscrito legalmente.

Una vez aceptado, reitérase, el allanamiento es irrevocable. Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante *críticas probatorias* tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irrevocabilidad.

Bajo esa línea de pensamiento, mediante el AP 28 ago. 2013, rad. 39.566⁶, la Sala ha sostenido que:

en la hipótesis en que el inculcado acepta la imputación -por allanamiento o preacuerdo en alguna de las oportunidades que la ley procesal auspicia el mismo-, las propias normas rituales han excluido la posibilidad de la retractación y por consiguiente, ***no dan vía a discrepar con la sentencia mediante la incoación de los recursos, cuando es emitida congruente con dicha expresión libre, consciente, voluntaria y plenamente garante de los derechos fundamentales, con asistencia de su abogado defensor.***

[...]

Restringida por tanto la viabilidad de impugnar una sentencia que ha culminado como efecto de allanamiento a la imputación o preacuerdo con la Fiscalía, con estricta exclusividad a aquellas hipótesis de violación de garantías, es muy claro que cuando el inculcado renuncia al juicio oral, bajo el entendido que dicha solución pactada en procura de obtener una rebaja punitiva ha sido la resultante de que el indiciado sopesa directamente el grado de compromiso que tiene frente al delito, esto es, que dada la valoración de su propia situación frente a la imputación delictiva que se le hace y la conveniencia de asumir las consecuencias penales del mismo en forma anticipada o acelerada, ello apareja, entre otros efectos, que la

⁶ Postura expuesta en múltiples decisiones, entre otras, AP 27 jun. 2012, rad. 38.911; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; AP 28 ago. 2013, rad. 41.419; SP 20 nov. 2013, rad. 39.834 y AP 31 ene. 2017, rad. 49.411.

declaración de su responsabilidad no se defina en un juicio oral y abierto con debate probatorio, pues es bien sabido que la decisión no se funda en pruebas, bajo el técnico sentido que la esquemática procesal de la Ley 906 de 2004 ha contemplado, sino en lo que se denomina elementos materiales probatorios, evidencia física e informes compilados por la Fiscalía.

Bien se ha resaltado el carácter vinculante que tiene el allanamiento o acuerdo para el juez y para los sujetos procesales, de manera que si la sentencia se aviene al mismo y no hay quebranto de garantías, **resulta inaceptable retractarse a través del empleo de los recursos ordinarios y extraordinario de casación por carecerse de interés jurídico para ello.**

En esa dirección, la Sala ha puntualizado que una forma de retractación tácita del allanamiento se da por la vía del ejercicio del derecho de impugnación, cuando se discuten aspectos que, *con énfasis en lo fáctico*, tienen que ver con las categorías sustanciales de las cuales depende la afirmación de la responsabilidad penal. Sobre el particular, mediante el AP 31 ene. 2017, rad. 49.411, textualmente expuso la Corte:

Impera recordar que mediante un preacuerdo el procesado aceptó en forma libre, consciente y voluntaria su responsabilidad frente al delito comunicado por el ente investigador, razón por la que una vez verificado por el Juez de Conocimiento la incolumidad de los derechos de la parte pasiva de la acción penal, como ocurrió en este evento, es improcedente la retractación de ese acto unilateral.

En efecto, constituye presupuesto para recurrir la decisión judicial que el sujeto procesal haya sufrido un perjuicio en su situación jurídica con la misma, de ahí que si al procesado se le han atendido sus pretensiones, como cuando el fallo se dicta con apego a los cargos aceptados mediante el allanamiento a los mismos en cualquiera de las oportunidades que este puede presentarse, o con sujeción a los acuerdos realizados en la llamada justicia consensuada, **no es admisible que luego pretenda cuestionar los aspectos de tipicidad y responsabilidad penal que de manera libre y voluntaria aceptó.**



4.1.6 Diferente es que, en el ejercicio de control sobre el respeto de *garantías fundamentales*, se detecten situaciones *objetivas* que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9° inc. 1° C.P.). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material.

En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, *en tanto garantía fundamental*. No obstante, por tratarse de un aspecto *objetivo* que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa *ius fundamental* no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.

Al respecto, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.531, en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte estableció que la conducta no comportaba antijuridicidad en sentido material⁷, razón por la cual dictó sentencia absolutoria.

En esa oportunidad, la Sala puso de presente que la renuncia al juicio y a las garantías a éste inherentes de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía del procedimiento abreviado, activado por la vía de la aceptación de culpabilidad:

⁷ Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad* de la conducta. Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512.



Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de **repercusiones sustanciales** que se hubieran materializado como *errores in iudicando*, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada u *oficiosa* como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera **evidente**.

Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía *in malam partem*, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del *non bis in ídem*, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva o por desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.

Tal solución -restablecer la garantía fundamental conculcada mediante sentencia de reemplazo, sin anular la actuación- se ha adoptado en situaciones similares, en las cuales, por ejemplo, se

vulneró el principio de legalidad por haberse dictado una condena -con allanamiento a cargos- por dos delitos pese a configurarse un concurso aparente (cfr. CSJ SP 14 ago. 2012, rad. 39.160).⁸

Recapitulando, la resolución de los problemas planteados en la censura ha de abordarse a la luz de las siguientes premisas: i) en la imputación no hay descubrimiento ni *incorporación* de elementos materiales probatorios, como tampoco ninguna forma de actividad y contradicción probatoria; ii) es con la presentación del registro de la imputación con allanamiento -que equivale al escrito de acusación-, ante el juez de conocimiento, que el fiscal debe aportar los medios de *prueba* que, junto a la aceptación de culpabilidad, han de ser valorados por el juez para fundamentar su decisión; iii) el control judicial aplicable al allanamiento se limita a verificar que la admisión de responsabilidad no esté afectada por vicios del consentimiento y que no se hayan vulnerado garantías fundamentales; iv) aceptado el allanamiento -por haberse constatado la inexistencia de vicios o afectación de garantías- no es dable retractarse de él expresa ni tácitamente; v) la renuncia al juicio mediante la aceptación de culpabilidad implica desistir de la actividad y contradicción probatorias; vi) por la vía de los recursos no es dable plantear controversias dirigidas a modificar los enunciados de hecho que constituyen la imputación -fáctica- aceptada por el imputado y vii) a fin de materializar la protección del debido proceso -en su componente de legalidad- el juez puede absolver si hay imposibilidad *objetiva* de que los hechos satisfagan las categorías sustanciales necesarias para predicar la responsabilidad penal (at. 9 inc. 1° C.P.).

⁸ En esa oportunidad, adujo la Sala: “*En principio, el incumplimiento de este deber le representaba a la Corte en casación decretar la nulidad, en el entendido de que la actuación correcta por parte del juez era rechazar en todos los casos el consenso o la declaración unilateral ante la imposibilidad de dictar sentencia en los términos aceptados. Sin embargo, todo error de juicio que signifique la vulneración de una garantía judicial podrá subsanarlo esta Corporación casando la decisión impugnada y dictando la de remplazo, que incluso puede ser una absolución*”.



4.2 Del caso en concreto

4.2 Pues bien, como a continuación se expondrá, contrastados los antecedentes del asunto bajo examen con las anteriores premisas, ha de concluirse que si bien en la actuación se cometieron algunas irregularidades, no se presentó ninguna hipótesis de *ilegalidad* -vicios en el consentimiento- en el allanamiento ni vulneración de garantías fundamentales, por lo que no hay lugar a anular la actuación. Tampoco existen motivos para que la Corte dicte sentencia absolutoria de reemplazo.

4.2.1 De manera preliminar, la Sala ha de llamar la atención en un yerro procedimental en la aducción *probatoria*.

Revisados los registros de la actuación, se tiene que, con posterioridad a la aceptación de cargos por el procesado en la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 17 de septiembre de 2013, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 293 del C.P.P. la Fiscalía allegó el escrito de *acusación* el 7 de octubre subsiguiente⁹. El conocimiento del asunto fue asignado por reparto al Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el cual, mediante auto del día 23 de idéntico mes, fijó la realización de la audiencia de individualización de pena y lectura de fallo.

Instalada la audiencia el 31 de enero de 2014, el juez decretó la ilegalidad del allanamiento. En sustento de su determinación, adujo que, *a partir de los elementos de conocimiento adjuntados por la Fiscalía al escrito de acusación* -informe ejecutivo, acta de captura, acta de incautación, informe de investigador de campo del 16 de septiembre de 2013 y dictamen pericial en balística del 17 de

⁹ Según lo puso de presente el juez de primera instancia en la audiencia de verificación de legalidad del allanamiento (min. 38:13 y ss. del registro de audio).

septiembre del mismo año-, no se acreditaba que el arma incautada al señor ÁLVAREZ fuera idónea para disparar. En concreto, destacó que, en el informe pericial del 17 de septiembre, que documentó el examen en balística realizado al arma un día después de la formulación de la imputación, se concluyó que la pistola carecía de aptitud para producir disparos. Por consiguiente, estimó que se violaban las garantías fundamentales del imputado, por cuanto no es posible dictar sentencia condenatoria por el porte de un arma que no sirve para disparar.

Notificada esa determinación en estrados,¹⁰ la Fiscalía interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación. *En curso de la sustentación de la impugnación*¹¹, la fiscal allegó a la actuación un tercer informe pericial, correspondiente al examen en balística forense practicado al arma por un experto de la SIJIN el 13 de diciembre de 2013. Como éste concepto estableció que la pistola artesanal hallada en poder del acusado sí era idónea para disparar, con la utilización de un elemento contundente que cumpliera la función de martillo, el juez repuso su determinación; consecuentemente, decretó la legalidad del allanamiento a la imputación y posteriormente profirió la sentencia condenatoria.

De la reseña de esa parte de la actuación salta a la vista que, en relación con el *tercer* informe pericial se presentó una irregularidad en su aducción, constitutiva de un vicio de legalidad que afecta el debido proceso *probatorio*. Como se expuso con antelación (cfr. num. 4.1.4), a la luz del art. 142-2 del C.P.P., leído en articulación con el art. 293 *idem*, el momento oportuno para la aducción de los elementos materiales de conocimiento que habrán de ser valorados por el juez de conocimiento -incluidos los

¹⁰ Cfr. min. 11:30 registro de audio.

¹¹ Cfr. min. 21:06 *idem*.

favorables al acusado- a fin de decretar la legalidad del allanamiento y dictar la correspondiente sentencia, es la presentación del escrito de acusación.

Sin embargo, en el presente caso, luego de haberse declarado la ilegalidad de la alegación unilateral de culpabilidad, *en curso de la sustentación de un recurso*, el juez de conocimiento permitió la admisión, del todo extemporánea, de un medio de conocimiento -*el tercer dictamen en balística, del 3 de diciembre de 2013-*, con base en el cual dejó sin efectos su inicial determinación y, consecuentemente, no sólo avaló el allanamiento sino que dictó la sentencia condenatoria. Mas tal proceder desconoce las formas propias del juicio abreviado, donde también rige el principio de preclusividad en la *oportunidad de pruebas*. Los arts. 176 al 178 del C.P.P., que regulan el trámite de los recursos de reposición y apelación contra autos, no establecen ninguna oportunidad procesal para la exhibición de elementos materiales probatorios o evidencia física no incorporados en la fase pertinente¹².

No obstante, tal vicio de legalidad en la aducción probatoria no es suficiente para anular la actuación, como quiera que, por una parte, existe un mecanismo procesal menos traumático para restablecer la afectación del debido proceso probatorio, a saber, la exclusión de dicho medio de conocimiento o la prohibición de valorarlo; por otra, en punto de la trascendencia, aun haciendo abstracción del mencionado informe pericial, la actuación no queda desprovista de elementos materiales probatorios que permitan verificar si el control aplicado por el juez tanto al acto de aceptación de culpabilidad como al respeto de garantías fundamentales y si la sentencia condenatoria se dictó sin

¹² Sobre la imposibilidad de introducir pruebas en la sustentación de los recursos cfr., entre otras, CSJ SP 20 may. 2010, rad. 32.180.

afectación indebida de la presunción de inocencia y con respeto del principio de legalidad.

4.2.2 Sobre este último particular, contrario a lo expuesto por el censor y por la representante del Ministerio Público, no es cierto que la conducta atribuida a ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ pueda ser catalogada, objetivamente, como *atípica*. Los enunciados fácticos que los jueces de instancia declararon probados a partir de la valoración en conjunto de la aceptación de culpabilidad y los medios de conocimiento incorporados por la Fiscalía -suprimiendo inclusive el tercer dictamen-, ciertamente encuentran adecuación en el tipo penal de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (art. 366 inc. 1° del C.P.).

En verdad, la Sala tiene establecido que, desde la perspectiva del tipo de injusto, cuando se imputa el porte de armas de fuego que carecen de aptitud para disparar, la conducta no es punible, por no ser ese un comportamiento idóneo para poner en peligro la seguridad pública (cfr. CSJ SP 15 sept. 2004, rad. 21.064). Empero, tal aserto, aplicable según corresponda al juicio de adecuación típica -por ejemplo, cuando la falta de componentes esenciales impide catalogar al artefacto como un arma de fuego- o a la valoración sobre la antijuridicidad material de la conducta -verbi gratia, en situaciones donde el arma, pese a conservar sus componentes esenciales, no es apta para disparar-, presupone que, *en el plano fáctico*, esté acreditada una premisa *categorica*, a saber, que el artefacto *de ninguna manera* esté en capacidad de producir un disparo en el momento en que es portado.

Sobre el particular, en la referida sentencia, entre otros aspectos, la Sala puso de presente:



la normativa en cita (Decreto 2535 de 1993), al señalar en el inciso 2° del artículo 6° que **“las armas pierden su carácter cuando sean total y permanentemente inservibles y no sean portadas”**, concatenada de manera sistemática a la misión de precaver daños a la seguridad jurídica y a otros intereses vitales que justifica la creación del tipo penal del porte ilegal de armas, parece traer un elemento que incidiría al verificarse si en un momento determinado se afectó el bien jurídico.

[...]

Al observar con cuidado las cosas puede percibirse que el Tribunal Constitucional, en punto del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, admite que a pesar de la abstracción que hizo el legislador para catalogar de delictiva una tal conducta, en el mundo concreto puede presentarse situaciones que no convierten, impresionan o amenazan, ni siquiera lejanamente, la integridad de un interés jurídico.

Así aparece con claridad cuando en el citado fallo C-038 de 1995 de esa Corporación, al partir de la definición legal de armas, de armas de fuego y de las características correspondientes a las de defensa personal, consideró que **“un objeto que sirve para que una persona se defienda, pero que no le permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma”** y que **“si un arma de defensa no fuera susceptible de herir o matar a otra persona dejaría de ser un arma”**.

Tales observaciones están conectadas con el principio de lesividad, el cual debe ser dinamizado al instante de la valoración judicial de un concreto comportamiento; además, se amoldan al nuevo contenido del artículo 11 del Código Penal (Ley 599 de 2000), cuando señala que **“Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”**, diseño normativo que le da incuestionable entrada al citado principio.

En dicha oportunidad, habiendo sido condenado el acusado por el porte de un arma de fuego de uso personal, la Corte casó la sentencia y, en su lugar, dictó fallo absolutorio, bajo el entendido que la conducta carecía de antijuridicidad material. Esta apreciación jurídica se basó en que la pistola -marca Raven, calibre 25-, portada por el acusado, era *inservible totalmente*, pues por falta de *varias piezas* -percutor, aguja y proveedor, así como

tampoco tenía cartuchos- no podía producir disparos. Ello llevó a la Sala a afirmar la falta de idoneidad del arma para ser usada como tal, pues así el procesado la llevara consigo y sin autorización, *“no podía generar o aumentar un peligro a la seguridad pública, porque la pistola no era apta para disparar y, por tanto, mucho menos para lesionar o matar a alguien. Expresado de otro modo, la pistola no tenía potencial ofensivo y, por consiguiente, al no ser susceptible de herir o matar a otra persona, ontológicamente dejó de ser un arma”*.

Sin embargo, en el asunto *sub exámine*, los enunciados fácticos que se declararon probados con base en la imputación aceptada por el señor ÁLVAREZ impiden afirmar que la pistola de fabricación artesanal que le fue incautada por llevarla consigo estaba en *absoluta* imposibilidad de disparar. Lo que muestran los medios de conocimiento *legalmente incorporados* a la actuación indican algo diferente, esto es, que a pesar de la falta de una pieza (martillo), la aguja percutora podía ser golpeada o *activada* con otros elementos para impactar la cápsula del cartucho, provocando la detonación y, consecuentemente, un disparo del proyectil.

El arma de fuego hallada en poder de ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ, de acuerdo con el acta de incautación (fl. 10), corresponde a una pistola de *fabricación artesanal*, sin números de identificación, de calibre 5.56 mm, integrada por tres componentes metálicos y *un resorte plástico*.

Sometida el arma a análisis por investigador de policía judicial (fls. 11-12), para determinar el *estado de funcionamiento*, aquél concluyó que, según su experiencia como policía y su amplia instrucción en el manejo de armas de fuego, pudo determinar que la pistola artesanal, que posee un cañón de 16

cm, con una aguja percutora de 8 cm, se maneja *manualmente con un caucho o resorte*. Con el arma, prosigue, **se realizó un disparo con cartucho calibre 5.56 mm, apto para fusil y ametralladora** (art. 8 lit. j del Decreto 2535 de 1993), lo cual permitió comprobar que es apta para producir disparos. El resultado positivo de dicha prueba muestra, según el experto, que la pistola *funciona*. En el aparte correspondiente a la descripción de los elementos materiales probatorios y evidencia física está consignado que el caucho incautado al aprehendido es una “resortera”.

En el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia (fls. 16-17) igualmente existe constancia de que, además del arma -que en su interior tenía un cartucho calibre 5.56 mm listo para ser disparado-, al acusado le fue hallado un *resorte plástico*.

Bien se ve, entonces, que si el investigador de laboratorio *pudo disparar el arma*, está probado que ésta es idónea para afectar tanto la seguridad pública como otros bienes jurídicos de naturaleza individual -entre ellos, la vida y la integridad personal-, en la medida en que existe una efectiva potencialidad lesiva del artefacto. De las descripciones y conclusiones plasmadas en el aludido informe del investigador experto se advierte que con la pistola hechiza, de funcionamiento *manual*, **se pueden disparar proyectiles de largo alcance (cartucho de 5.56 mm)**¹³ a través

¹³ Munición apta para ser disparada por armas de largo alcance como, entre otras, fusiles CETME calibre 5.56x45 mm, fusil GALIL 5.56x45 mm, fusil de asalto AK-47 M1A1, ametralladora MINIMI 5.56x45 mm, fusil STEYR 5.56x45 mm y fusil GALIL ACE 5.56x45 mm. Cfr. EJÉRCITO NACIONAL y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS), Grupo Interinstitucional de Análisis Antiterrorista “GIAT”. *Manual de identificación y trazabilidad de material de guerra. Armas largas*. Disponible en: <http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=285966>. También, cfr. INDUMIL COLOMBIA. *Catálogo de productos militares*. Disponible en: https://www.indumil.gov.co/wp-content/uploads/2016/03/Catalogo_general.pdf.

20

de una operación *artesanal* a modo de resortera o cauchera¹⁴, donde la aguja percutora¹⁵ es desplazada con el caucho para que impacte el fulminante encapsulado en el cartucho. Y esa premisa fáctica, contrario a lo expuesto por el censor, lejos está de adecuarse tanto en una hipótesis de atipicidad como de ausencia de antijuridicidad material.

Por una parte, la pistola concernida, a la luz del art. 14 lit. c) del Decreto 2535 de 1993 es un arma *de fuego* prohibida, por ser “*hechiza*”, fabricada con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona (art. 5° *idem*), mediante la propulsión de un proyectil a causa de la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química (art. 6° *idem*); por otra, teniendo aptitud de disparo -a través de un **cañón de longitud superior a 15.24 cm** (art. 11 lit. a) del Decreto 2535 de 1993-, tiene plena y efectiva potencialidad lesiva (art. 11 C.P.) para afectar los bienes jurídicos protegidos por el art. 366 *idem*.

Y tales conclusiones no cambian con la apreciación del informe pericial en balística forense del 17 de septiembre de 2013, aportado por la Fiscalía *con el escrito de acusación* (fls. 21-24). Si bien la conclusión del perito es que la pistola examinada no es apta para producir disparos, también es verdad que tal concepto no puede ser valorado insularmente, haciendo abstracción de los demás medios de conocimiento incorporados a la actuación, ni cercenando apartes relevantes del contenido del propio dictamen.

¹⁴ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una resortera corresponde a un adminículo a cuyos extremos se unen los de una goma para estirla y disparar algo. Cfr.: <http://dle.rae.es/?id=WBnFDWI>

¹⁵ Pieza de cualquier arma que martilla por acción del mecanismo del disparo, el fulminante, produciendo la inflamación de los gases la ejecución del disparo. Cfr.: <https://www.fac.mil.co/aguja-percutora>

El segundo informe pericial, destácase, no es indicativo de que el arma es *total* ni *permanentemente* inservible, que son las circunstancias exigidas por el art. 6° inc. 2 del Decreto 2535 de 1993 para poder predicar que el arma pierde su carácter de tal. El experto explica que *para poder ser disparada*, se necesita un elemento contundente *adicional* que cumpla la función de martillo, ya que la pistola carece de éste, afirmación de la cual no puede aseverarse que el arma es *totalmente* inservible.

Aunado a lo anterior, en la actuación existe evidencia de que la pistola *sí funciona*, en la medida en que el primer funcionario que la examinó *logró hacer un disparo con ella*, utilizando el caucho que le fue hallado al acusado junto al arma.¹⁶ Lo que pasa es que, por errores en el manejo de la evidencia¹⁷ -que dadas las particularidades del presente caso no son trascendentes para afectar la conclusión a la que arribaron los jueces de instancia-, el segundo perito que examinó el arma no contó con el instrumento con el que el investigador que la inspeccionó por primera vez pudo desplazar la aguja percutora para producir el disparo, a saber, el caucho operado a manera de resortera.

El hecho de que el arma no tuviera martillo *incorporado*, en el presente caso, no le quita a aquélla su calidad de tal. La pistola en cuestión, no sobra enfatizar, es *hechiza* o de fabricación *artesanal*, que no se caracteriza por ser un prototipo técnico. Antes bien, por antonomasia se trata de un artefacto de imitación, rústico e imperfecto, cuya potencialidad lesiva no ha de medirse en función de su nivel de sofisticación -escaso por definición-, sino en razón de la *posibilidad efectiva* de realizar disparos.

¹⁶ En el informe (fl. 12), el investigador consignó textualmente que el arma "*se maneja manualmente con un caucho o resorte y se realizó un disparo*".

¹⁷ Al enlistar los elementos materiales probatorios sometidos a cadena de custodia, en el primer informe *pericial*, posterior al informe de investigador de policía judicial, se echa de menos el caucho o resorte (fl. 12), el cual tampoco fue recibido por el perito que practicó el segundo examen balístico (fls. 22-23).

Además, la falta de martillo no le quita a la pistola en cuestión la condición de arma de fuego. Al tenor del art. 1-3 lit. a) de la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados ¹⁸, un arma de fuego es cualquier artefacto que *“conste de, por lo menos, un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto”*. Y, como se vio, la pistola que portaba el señor ÁLVAREZ no sólo tiene un cañón que supera la longitud permitida para las armas de uso personal (15.24 cm) -según el art. 11 del Decreto 2535 de 1993-, sino que es capaz de disparar proyectiles por efecto de la combustión química. Y no de cualquier tipo, sino de aquellos proyectiles que necesitan de un arma de largo alcance -fusiles o ametralladoras- para poder ser disparados, como el cartucho de calibre 5.56x45.

Y este último aspecto, inclusive, da cuenta de la superlativa potencialidad lesiva del arma incautada al acusado, pues se trata de un artefacto capaz de disparar munición de guerra, superando el umbral permitido para las armas de defensa personal (art. 11 del Decreto 2535 de 1993).

Ahora, si bien en principio podría afirmarse que, por antonomasia, un arma hechiza no podría ser catalogada como de uso privativo de la Fuerza Pública, dado que, al tenor del art. 8° *ídem*, tales armas son aquéllas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento del orden público, de donde se sigue que tal

¹⁸ Suscrita en Washington el 14 de noviembre de 1997, ratificada por Colombia el 22 de enero de 2003, mediante la Ley 737 de 2002 y promulgada a través del Decreto 2122 de 2003.

actividad de defensa estatal no se acomete mediante armas artesanales, no puede pasarse por alto que, según la misma norma, las armas de uso privativo equivalen a *armas de guerra*; es decir, aquéllas dotadas de aptitud para ser utilizadas en conflictos armados, lo cual, entre otros aspectos, supone una dinámica de ataques entre combatientes. Y este tipo de armas, dentro de la sistemática propuesta por el Decreto 2535 de 1993 (arts. 7° y 11), se diferencia de las de uso civil o de defensa personal *a corta distancia*.

En el presente caso, el artefacto que portaba el acusado, cargado con cartuchos calibre 5.56x45, no puede ser considerado de defensa personal. Para ello, el art. 11 lit. a) *idem* exige que, tratándose de pistolas, deben reunirse (concurrente o cumulativamente) determinadas características, entre ellas, que la longitud máxima del cañón sea de 15.24 cm. Mas la medida del cañón del arma en cuestión supera tal límite (16 cm).

Pero además, a la luz del art. 8° *idem*, existen razones adicionales para confirmar que el arma incautada se trata de un artefacto de guerra, con una potencialidad lesiva equiparable a las armas de uso privativo de la Fuerza Pública.

En primer lugar, del art. 8° lit. a) del Decreto 2535 de 1993 se extracta que si bien las pistolas de calibre igual o inferior a 9.652 mm se consideran de uso personal, ello está condicionada a que reúnan *la totalidad* de las características establecidas en el art. 11 *idem*. Y como se ve, el arma que portaba el acusado no cumple con todos aquellos presupuestos, por tener un cañón de 16 cm.

En segundo término, ha de recordarse que, según el examen practicado al arma por el investigador de policía judicial, con la



pistola se disparó un cartucho de 5.56 mm, calibre apto para fusiles y ametralladoras. Quiere ello decir que si la pistola está en capacidad de disparar proyectiles *de largo alcance*¹⁹, se trata de un arma de guerra, no de un artefacto de defensa individual a corta distancia. Esto se ve ratificado con una lectura articulada de los literales a) y j) del art. 8° en mención, de acuerdo con los cuales se consideran municiones de guerra las que pueden ser disparadas por pistolas que no cumplan con todos los estándares previstos en el art. 11 lit. a), entre ellos, la longitud del cañón.

Así que, informando los elementos materiales probatorios que el arma incautada sí puede disparar -munición de guerra- y que tiene un cañón de longitud superior a las pistolas de defensa personal, en conjunción con la aceptación de responsabilidad expresada por el señor ÁLVAREZ en la audiencia de formulación de imputación, existe razón suficiente para predicar, más allá de toda duda, que la conducta de aquél no sólo encuentra adecuación típica en el art. 366 del C.P., sino que puso efectivamente en peligro el bien jurídico de la seguridad pública. Ello deja sin soporte las alegaciones *sustanciales* presentadas por el demandante, coadyuvadas por el Ministerio Público, por cuanto se basan en *supuestos de hecho diferentes* a los que, jurisprudencial y doctrinalmente, permitirían emitir un juicio negativo de tipicidad o descartar la antijuridicidad material de la conducta.

¹⁹ No sólo de largo alcance, sino de alta velocidad, pues se trata de cartuchos que por su forma y constitución (cónicos y puntiagudos) tienen mayor potencia y alcance. Cfr. MORENO RUIZ, Mario: *Ballística. Teoría y práctica*. Bogotá: Temis, 2008, pp. 34-35. Cfr., además, el listado de munición militar de INDUMIL: <https://www.indumil.gov.co/categoria-producto/productos-militares-es/municiones/> Por tales razones, diferentes cuerpos policiales del mundo catalogan como arma de guerra a los artefactos que utilicen municiones de calibre 5.56x45, entre ellos, a título ejemplificativo, la Guardia Civil Española: http://www.guardiacivil.es/es/servicios/armasyexplosivo/controldearmas/clasifica_armas/armas_guerra/index.html

4.2.3 Ahora, las críticas formuladas por el defensor, en relación con la supuesta insuficiencia del primer dictamen son inadmisibles, pues corresponden al ejercicio del derecho de contradicción probatoria, al que su defendido renunció con la aceptación de culpabilidad (art. 8° lit. j) y l) del C.P.P.). Por tal motivo, la controversia probatoria planteada en la censura en relación con la apreciación y valoración del primer informe atenta contra el principio de irretractabilidad que gobierna el debido proceso abreviado -inclusive en el ejercicio de los recursos- (CSJ AP 27 jun. 2012, rad. 38.911).

Sin perjuicio de lo anterior, los reproches en ese sentido son claramente infundados, porque como atrás se reseñó (pie de página N° 17), el investigador sí describió el procedimiento aplicado para efectuar el disparo, sin que sean exigibles mayores explicaciones sobre aspectos “*técnicos*”, en la medida en que el examen se aplicó, precisamente, a un arma de fabricación hechiza, de operación *manual* que, lejos de ser sofisticada, es artesanal. Además, no es cierto que la sentencia se torne incongruente por haber tenido en cuenta “*elementos no incautados*” ni que el *ad quem* hubiera “*completado el arma*”, pues el caucho o resorte con el que el funcionario de policía judicial pudo disparar la pistola *sí fue incautado* al acusado (cfr. fl. 10).

En todo caso, la Sala no advierte la existencia de dudas sobre el mecanismo empleado para lograr el disparo en la primera prueba balística. Inequívocamente, del informe se extracta que la activación se dio por la propulsión de la aguja por la fuerza cinética que le transmitió el caucho o resorte, en virtud de su elasticidad. Y menos hay lugar a poner en tela de juicio tal conclusión si se tiene en cuenta que el imputado, libre, consciente, espontánea y voluntariamente, así como asesorado por su defensor, habiendo sido informado por la fiscal de que el



arma que le fue incautada era apta para ser disparada, según el informe del investigador judicial²⁰, aceptó los cargos.

4.2.4 Y en éste último aspecto es claro que ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ no se allanó a la imputación prevalido de error sobre la aptitud del arma para disparar. Éste se presentaría si alguno de los dictámenes demostrara que la pistola no tenía *ninguna* posibilidad de disparar, mas como se expuso con antelación (cfr. num. 4.2.2 *supra*), tal hipótesis está descartada en el presente caso.

4.2.5 Finalmente, la Sala estima que tampoco hay lugar a anular la actuación ni a dictar sentencia absolutoria por incongruencia entre la imputación -equivalente a la acusación en virtud de la aceptación de cargos (art. 293 C.P.P.)- y la sentencia, como lo pretende el demandante.

Revisada la actuación, se encuentra que, *en la audiencia de formulación de imputación*,²¹ la fiscal no atribuyó al señor ÁLVAREZ el porte de ningún tipo de *munición* de uso privativo de las Fuerza Armadas, sino únicamente el llevar consigo el arma de ya conocidas características.²² Por consiguiente, ello impide que el acusado sea condenado por tales hechos (arts. 448 y 293 inc. 1° del C.P.P. y, entre otras, CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, SP 31 jul. 2009, rad. 34.475, SP 1° feb. 2012, rad. 36.907 y SP 29 abr. 2015, rad. 43.211), so pena de fracturar el debido proceso en su estructura acusatoria.

²⁰ Cfr. min. 22:41 del registro de audio de la audiencia de formulación de imputación.

²¹ A los cartuchos hizo alusión la fiscal, pero en la audiencia de *legalización de captura* (cfr. min. 05:53), diligencia que no sólo es independiente a la formulación de imputación, sino que también tiene una naturaleza y un objeto diversos (CSJ SP 28 may. 2014, rad. 43.524), que de ninguna manera puede tomarse como referente *estructural* de consonancia con la sentencia.

²² Cfr. registro de audio min: 19:30 a 37:19.

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

Ahora, aun suprimiendo de las sentencias las premisas fácticas referentes al porte de munición -cartuchos- de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ello de ninguna manera conduce a la absolución del acusado, como lo pretende el censor. El planteamiento dirigido a sostener que si la imputación fáctica únicamente cobijó el porte del arma, sin mención de las municiones, y que por tal razón el porte de una pistola sin munición no amenaza efectivamente la seguridad pública (ausencia de lesividad), carece de solidez. Ya la Sala ha consolidado el criterio según el cual tal hipótesis fáctica sí comporta antijuridicidad material.

Sobre la aptitud de afectar bienes jurídicos por quien porta un arma no cargada, mediante AP 21 oct. 2009, rad. 32.004, la Corte puntualizó:

La conducta referida (...) esto es, la de portar un arma que carece de mecanismos para disparar o que se encuentre averiada o en estado de deterioro y que por lo mismo se reporta con alcances de inocuidad, valga decir, carente de lesividad por su imposibilidad de producir un daño o peligro efectivo al bien jurídico, ***no es dable equipararla a los eventos en que la misma no aparece "cargada"***.



Plantear que en los casos de llevar consigo un revólver o una pistola pero sin munición es viable la valoración de ausencia de antijuridicidad y la correlativa absolución, como es el planteamiento que formula el casacionista en éste cargo, no deja de ser una ingenuidad dogmática que de acogerse por vía de la jurisprudencia, de una parte, sería contrario al principio de reserva o de estricta legalidad, y de otra, implicaría desconocer que los comportamientos así dados generan un riesgo de perjuicio no abstracto sino efectivo y por ende son punibles.

En ningún escenario y menos en el de la jurisprudencia penal, por ejemplo, se proyecta viable, racional ni jurídico llegar a disponer a través de la exclusión de la antijuridicidad material, que la importación, tráfico, fabricación, reparación, almacenamiento, conservación, adquisición o suministro o porte sin permiso de autoridad competente de un arma de uso privativo de las fuerzas militares pero que no se halle con su carga o sin municiones deje de ser conducta punible por ausencia de lesividad.

Adicionalmente, en auto del 26 de marzo de 2009, rad. 30.769, la Sala consideró:

Con la modificación a las leyes 599, 600 de 2000 y 906 de 2004 contenida en la Ley 1142 de 2007, se ofrece indiscutible concluir que su finalidad estuvo inequívocamente dirigida a adoptar medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva; de donde resulta de forzoso discernimiento precisar que no fue la intención del legislador -entre otras- despenalizar la conducta punible de porte de armas cuando aquella se lleve sin la respectiva munición; contrario sensu, estuvo guiada a *aumentar la pena*.

4.3 Conclusión

Bien se ve, entonces, que no existiendo razones suficientes para anular la actuación ni dictar sentencia absolutoria de reemplazo, el cargo formulado por el demandante no ha de prosperar. No obstante, la Sala oficiosamente excluirá de la sentencia los enunciados fácticos que, no habiendo sido objeto de imputación, fueron tenidos en cuenta para condenar al acusado.

4.4 Consideración adicional

Tiene dicho la Sala que en la determinación de la pena accesoria de privación del *derecho* a la tenencia y porte de armas aplica el sistema de cuartos, que rige el proceso de individualización (art. 61 del C.P.),²³ por lo que ha de tenerse en cuenta que dicha sanción accesoria tiene prevista pena de entre uno y quince años (art. 51 inc. 5° *idem*). En consecuencia, los cuartos derivados del ámbito punitivo de movilidad corresponden a: primer cuarto, de 12 a 54 meses; cuartos medios, de 54 a 138 meses y, último cuarto, de 138 a 180 meses.

Sin embargo, desconociendo el debido proceso *sancionatorio* (CSJ SP 3 feb. 2016, rad. 46.647) en su componente de *legalidad de la pena*, el Tribunal, a su arbitrio, fijó la mencionada sanción accesoria en un término igual al de la pena principal de prisión (115 meses y 15 días).

Por consiguiente, a fin de reestablecer la garantía conculcada, la Sala habrá de dosificar dicha pena con respeto de los parámetros de legalidad pertinentes. Así, teniendo en cuenta los mismos criterios que guiaron al juzgador en la atribución de la pena de prisión (fijada en el extremo mínimo del primer cuarto), se procede imponerle al procesado un total de 12 meses, como pena accesoria de privación del *derecho* a la tenencia y porte de armas. Aplicada la rebaja de 12.5%, derivada de la aceptación de cargos en la imputación -con captura en flagrancia- (arts. 351 inc. 1° y 301 parágrafo del C.P.P.), la privación para la tenencia y porte de armas queda definitivamente en **10.5 meses**.

²³ Cfr., entre otras, SP-17166-2014, 16 dic. 2014, rad. 42.536; CSJ SP-2636-2015, 11 de mar. 2015, rad. 43.881 y SP-3713-2016, 30 mar. 2016, rad. 44.443.

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: NO CASAR la sentencia impugnada por el cargo formulado en la demanda.

SEGUNDO: CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia, para excluir de ésta las imputaciones concernientes al porte de cartuchos correspondientes a munición de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

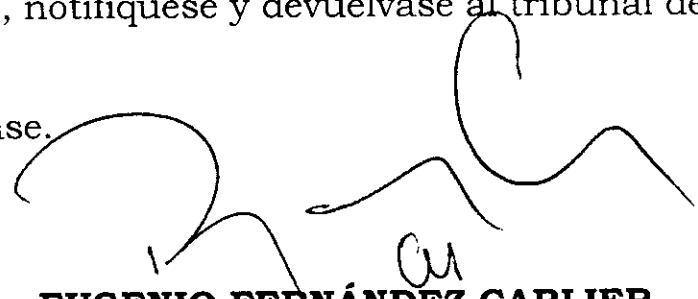
TERCERO: CASAR oficiosa y parcialmente el fallo, a fin de condenar a ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ a la pena accesoria de privación del *derecho* a la tenencia y porte de armas, por el término de 10.5 meses.

En lo demás, la sentencia permanece incólume.

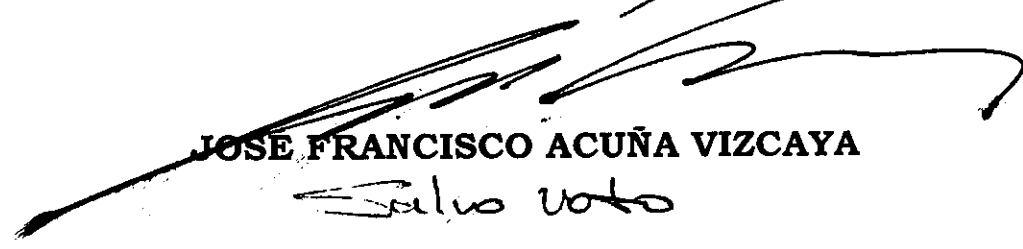
Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

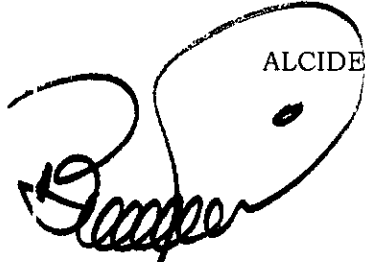
Cúmplase.


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

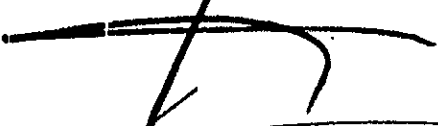
Salvo Parcialmente.


JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Salvo voto



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

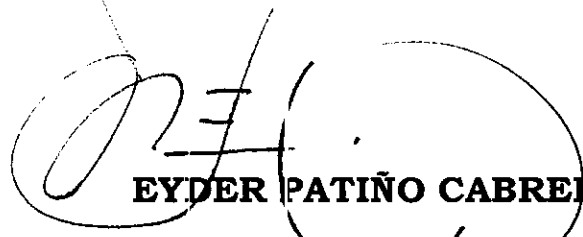
Solo el voto favorable

PERMISO

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



EYDER PATIÑO CABRERA

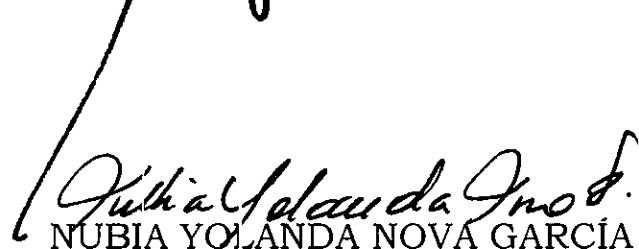
adone voto.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

4

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con el criterio disímil que el suscrito ha mantenido, me permito reiterar la razones por las que me separo de la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado, con fundamento en la vulneración del principio de legalidad, como consecuencia de que los falladores de instancia no hubieran aplicado el sistema de cuartos en la determinación concreta de la pena accesoria de «*privación del derecho a la tenencia y porte de arma*», que se le fijó al procesado ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ.

Las razones del disenso son en esencia las siguientes:

1. La decisión que se adoptó por la mayoría tiene como argumento central que el juzgador debe atender las directrices legalmente establecidas para la determinación de la pena, esto es, acudir al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, del cual no se exceptúan las sanciones accesorias, como que la norma en cita ninguna distinción hace al respecto, y dado que la restricción del derecho a la tenencia y porte de armas se establece entre dos

extremos que van de uno (1) a quince (15) años, según el artículo 51 *ibídem*.

2. Sin embargo, en la providencia de la que respetuosamente me aparto —en lo referente al ajuste de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma— se dejan de lado los temas relativos a (i) la naturaleza y fines de las penas accesorias y a (ii) razones de justicia material, concretadas en el principio de proporcionalidad de la sanción penal. En este último aspecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal, se ofrece adecuado inaplicar el sistema de cuartos en la dosificación de las penas accesorias, habida cuenta que tal labor ha de entenderse como un *ejercicio de ponderación motivada*, delimitado por lo dispuesto en el artículo 51 *ibídem*.

2.1 En cuanto al primer aspecto, cabe anotar que las penas restrictivas de otros derechos (art. 43 C.P.) son aquellas que privan o restringen a su titular del ejercicio de facultades o prerrogativas distintas a la libertad personal o a su peculio. Dichas sanciones pueden ser principales cuando así se consagren en el respectivo tipo penal (art. 35 *ídem*) o accesorias, cuando no obren como tales (art. 34 *ibídem*).

Del artículo 52 de la codificación citada, se extrae que la aludida clase de pena solo puede ser aplicada por el juez (i) con ocasión de la imposición de una pena principal y (ii) siempre que, entre la realización del delito y el contenido de

la pena accesoria, exista una «**relación directa**», valga decir, se verifique un vínculo estrecho entre su contenido y la conducta punible cometida.

De otro lado, si bien originalmente el legislador consideró que en quien recaía una condena de prisión era indigno y, por tanto, estableció la restricción para el ejercicio de algunos de sus derechos políticos y, principalmente, para desempeñar cargos públicos, lo cual explica la existencia de ciertas penas accesorias denominadas obligatorias o «*automáticas*»¹, aquella visión evolucionó hacia un concepto preventivo², cuyo propósito es conjurar el riesgo de reiteración de delitos que de forma directa tengan relación con determinadas actividades o derechos, finalidad que sustenta la aplicación de las llamadas penas accesorias discrecionales o «*facultativas*»³.

Sobre cómo se determinan cuantitativamente las penas accesorias, cabe destacar que dos aspectos permiten concluir que en ese ejercicio no tiene cabida el sistema de cuartos — artículo 61 del Código Penal—, el cual está previsto para la individualización de las penas principales, ellos son: (i) la función primordial que cumplen las penas accesorias difiere de la que tienen asignada las penas principales; y, (ii) el margen de apreciación *reglado* del que goza el sentenciador, según se extracta de los artículos 52, inc. 1º y 59 *ibídem*, lo faculta para imponer o no en cada caso las penas accesorias que estime

¹ Art. 52, inc. 3º, C.P.; art. 16 C. Co.; art. 163 de la Ley 685 de 2001 y art. 24 Ley 1257 de 2008.

² Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

³ Art. 52, inc. 1º, C.P.

necesarias, así como para fijar el término de duración de las mismas.

2.1.1 En relación con el primer punto, cabe destacar que, en términos generales, en la concepción dogmática del Código Penal de 2000, la pena en sentido amplio cumple varias funciones, tales como, «*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*»⁴, por lo que puede afirmarse que no se adscribe a una tesis en particular, valga decir, ni a las teorías absolutas que propenden porque el fin de la pena es únicamente la retribución o compensación en razón de la comisión del delito, ni a aquellas denominadas relativas que consideran a la pena como un medio para conseguir un fin, es decir, que tienen propósitos exclusivamente preventivos orientados a evitar que se cometan delitos en el futuro; sino que se ubica dentro de las concepciones mixtas, que son aquellas que buscan conciliar las dos anteriores, aceptando la idea retributiva, pero sin desligarla del cumplimiento de fines preventivos, bien sea generales o especiales⁵.

Ahora, como se señaló párrafos anteriores, las penas accesorias, en cuya imposición e individualización el juez goza de un margen de apreciación motivado, no hay una determinación legislativa absoluta del aspecto cualitativo. Éste es flexible, al punto que corresponde al juzgador determinar en qué casos resulta necesaria su imposición, atendiendo a las

⁴ Artículo 4º del Código Penal.

⁵ Morrillas Cueva Lorenzo, Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1991, pág. 18.

particularidades del asunto concreto, obviamente respetando las pautas establecidas en la ley —artículo 52, inciso 1° del Código Penal— y considerando que aquéllas tienen una marcada **finalidad preventiva**⁶, en tanto que con su aplicación se pretende precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos mediante la restricción de un derecho o prerrogativa, distintas a las que resultan limitadas con la aplicación de la sanción principal —con injerencia en la libertad personal y el patrimonio económico—.

En otras palabras, si bien las penas en general, principales y accesorias, obedecen a unos específicos fines consagrados en el artículo 4° del Código Penal, dada la particular naturaleza y función que aquéllas cumplen, se insiste, fundamentalmente utilitarista mediante la prevención del delito, demandan en su determinación de la existencia de un estrecho nexo entre el injusto penal y el derecho que se busca restringir, de donde se sigue que su afectación emergerá necesaria solo en la medida en que surja patente que la restricción de los derechos que conlleva la imposición de las penas principales, resulta insuficiente para prevenir, en el caso particular, el comportamiento delictivo⁷.

Por tanto, sin desconocer que las penas principales de prisión y multa, así como las restrictivas de otros derechos, cuando están previstas como tales, amén de la función de retribución justa que apareja la realización del delito, también

⁶ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

⁷ Ídem, pág. 337.

cumplen fines preventivos —generales y especiales—, bien puede suceder en determinados casos que la limitación de la libertad y el patrimonio, producto de la sanción principal, no sean medidas suficientes para proteger ciertos bienes jurídicos de ulteriores conductas desviadas por parte del condenado. En tal virtud, la concreta armonización de las finalidades preventivas de la pena con el principio de proporcionalidad (arts. 3º, inc. 1º, y 4º del C.P.), impone la necesidad de ampliar esa cobertura con la aplicación de sanciones adicionales.

Al respecto la doctrina ha considerado que:

[E]s imprescindible que el hecho cometido por el autor permita justificar la necesidad de agregar medidas que cubran la mayor gravedad o exigibilidad del comportamiento inicialmente sancionado, a través de efectos diferentes a los que producen las penas principales, y que no sean contemplados por ellas, para precisar una adecuada proporción entre la sanción y el delito, y, en todo caso, para brindar una mayor protección a los bienes jurídicos vulnerados no protegidos directamente por la norma penal.⁸

En esa medida, resulta coherente con las finalidades de la pena principal, mencionadas *ut supra*, que en su individualización se acuda al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, puesto que la determinación concreta de aquella obedece primordialmente a factores objetivos que tienen relación con el injusto típico, siendo su límite el grado de culpabilidad, lo que explica que en la fijación

⁸ Posada Maya Ricardo y Hernández Eltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 337.

del marco de punibilidad se deban tener en cuenta circunstancias modificadoras de los extremos mínimo y máximo de la sanción prevista para el respectivo tipo básico o especial, tales como las causales específicas de agravación y atenuación punitiva, la tentativa, la complicidad, la ira o intenso dolor, entre otras, que no resultan aplicables a los límites que fijan la duración de las penas accesorias, pues nada tienen que ver con el propósito que éstas persiguen.

En efecto, la finalidad **preventivo-especial** de las penas accesorias, se relaciona directamente con el abuso del derecho que se pretende restringir para evitar futuras afectaciones del bien jurídico protegido, lo cual exige un análisis diverso, en el que no tienen cabida factores objetivos como los atrás enunciados respecto de la individualización de la pena principal, sino primordialmente subjetivos, relativos a la persona del autor, pero no desde la óptica de su peligrosidad, concepto abiertamente contrario a los principios que orientan el derecho penal y su consecuencia jurídica en un Estado Social y Democrático de Derecho, sino a partir de los fines de la pena, particularmente el de prevención, según se desprende del artículo 4º del Código Penal.

En tal sentido, la doctrina considera primordial que en el proceso de individualización judicial de la pena, el sentenciador tenga como norte de su actividad, en general, los fines de la pena y, en particular, un propósito específico, que en el caso de las sanciones facultativas que afectan otros derechos es

marcadamente preventivo-especial, según quedó visto, y a partir de tal entendimiento, fije la sanción.

Sobre el punto, el tratadista Eduardo Demetrio Crespo, en su obra «*Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*»⁹, sostiene:

*Aunque ello sea bastante obvio al tenor de lo ya dicho hasta ahora, sobre todo en el análisis del concepto de «factor final de la I.J.P.¹⁰», no es recurrente señalar que los fines de la pena son el presupuesto fundamental de la I.J.P. La determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada momento de la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales que concurren en la I.P.J., como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer¹¹. Creo que no es exagerado decir que la racionalización de la I.J.P. debe empezar por clarificar la cuestión de los factores finales de la I.J.P., **ya que dependiendo de qué fin de la pena se tome como punto de referencia, la individualización de la pena por el juez en el caso concreto puede conducir a resultados muy diferentes.**¹² (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

Siendo ello así, emerge razonable que el juzgador disponga de cierta discrecionalidad —siempre motivada— en la determinación cuantitativa de las penas accesorias, en orden a materializar su fin primordial de naturaleza preventivo-especial, sin estar sometido a factores puramente objetivos que en no pocas ocasiones tornan inane la restricción

⁹ Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª Edición: mayo de 1999.

¹⁰ Individualización Judicial de la Pena.

¹¹ «Hirsch, Günter, «Vorbemerkungen...», Op.cit, p. 9; Gribbohm, Günter, «Vorbemerkungen...», Op.cit, p. 103».

¹² Página 73.

de otros derechos, en tanto su propósito es proteger un interés jurídico específico de futuras afectaciones mediante efectos distintos a los que produce la pena principal y que ésta no alcanza a cobijar; no de otra manera se explica que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (art. 43-1 C.P.) esté prevista en algunos tipos penales como sanción principal y en otros acceda a ésta, o que a la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 43-8 *ibídem*) el legislador no le haya fijado duración.

2.1.2 En cuanto a la segunda cuestión, valga decir, la atinente al ejercicio de ponderación aplicable por el juzgador en orden a establecer la procedibilidad de la pena accesoria en el asunto particular —factor cualitativo—, lo que se advierte es una armonización del principio de legalidad de la pena con el de proporcionalidad —el cual también ostenta la categoría de principio rector y garantía fundamental¹³—, habida cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las penas principales, las cuales han sido reguladas de manera absoluta por el legislador en la parte especial para cada delito, frente a las primeras hay un margen de apreciación judicial reglado que, atendiendo a los factores generales previstos en el inciso primero del artículo 52 de la Ley 599 de 2000¹⁴, determina en qué casos resulta

¹³ Cfr., C.S.J. SP. 27/02/13, rad. 33254 y 24/06/15, rad. 40.382, entre otras.

¹⁴ «Art. 52. Las Penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena».

necesaria la imposición de una restricción o prohibición de derechos, adicional a la que comportan las penas principales.

Ahora, la limitación del principio de estricta legalidad de la pena en punto de la elegibilidad de la sanción accesoria facultativa, se explica en que *«no en todos los casos es justificado, desde el punto de vista de la prevención, la proporcionalidad y la necesidad de la pena, preestablecer efectos agregados a los contemplados por las penas principales frente a un determinado hecho punible, sin considerar las circunstancias y características concretas de su realización»*¹⁵.

En esa medida, si la ley atribuye al juez la facultad reglada de imponer o no cierta pena accesoria, cuando la restricción de otros derechos se ofrezca necesaria para cumplir sus fines preventivo-especiales de protección del interés jurídico, también emerge razonable que en su determinación cuantitativa aquel tenga la posibilidad, atendidas las particularidades del caso, de fijar la cantidad de sanción que, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, se requiera para que se obtenga el propósito perseguido, sin que en esa labor deba acudir al sistema de cuartos.

En efecto, tal como se indicó párrafos atrás, las reglas contenidas en los artículos 60 y 61 del Código Penal para la

¹⁵ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 339.

determinación del marco de punibilidad y la individualización de la pena, responden principalmente a factores objetivos relacionados con el injusto típico, que no son aplicables a las penas accesorias, pues no cabe duda que los extremos mínimo y máximo de estas últimas no se modifican porque concurra una causal específica de agravación o atenuación punitiva, que se predicen del tipo básico o especial, tampoco cuando el delito es tentado, ni frente a ellas se pueden considerar circunstancias tales como la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas —artículo 56 del Código Penal, o la ira e intenso dolor — artículo 57 *idem*—, entre otras, lo cual se explica en que el fin preventivo—especial de las sanciones accesorias obedece a factores subjetivos de la conducta, que corresponde al juez valorar para fijar el monto de la pena atendiendo, *verbi gratia*, el criterio legal de la intensidad del abuso del derecho en la realización del delito, contenido en el artículo 52, inciso 1º, *ibídem*.

Lo anterior no significa que la cantidad de sanción accesoria quede librada al capricho o arbitrariedad del juzgador, pues éste, en todos los casos, deberá exponer en la sentencia «la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena», como lo ordena el inciso segundo del artículo 52 del Código Penal, en concordancia con el artículo 59 *idem*, labor en la cual tendrá especial cuidado de velar porque se cumplan los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que orientan la imposición de las sanciones penales, según el artículo 3º

ibídem, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular.

De esa manera se garantizan el debido proceso sancionatorio y el principio de estricta jurisdiccionalidad¹⁶, según el cual la actividad judicial debe ser comprobable y verificable, aspectos que se reflejan en la motivación de la sentencia y que obviamente comprenden la determinación de la pena en sentido general.

Consecuente con lo anterior, considero que en la aplicación cualitativa y cuantitativa de las penas accesorias de que trata el artículo 52 del Estatuto Punitivo, debe primar el fin **preventivo especial**, por lo que no tiene cabida el sistema de cuartos que, según quedó visto, está diseñado para fijar las penas principales, en tanto éstas sí tienen una regulación absoluta en cada tipo penal, dado los efectos que de antemano le señaló el legislador a la sanción de la conducta punible, fundado en razones de política criminal.

3. Por último, pero no menos importante, cabe destacar que la decisión mayoritaria de la cual me aparto, desconoce el principio constitucional de proporcionalidad,

¹⁶ En SCC C-272 de 1999, sobre dicho principio y el de estricta legalidad, el Tribunal Constitucional refirió: «*ciertamente la Corte estima que el proceso penal, en cuanto manifestación del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad*». Y en cita de pie de página añadió: «*mientras que el primero de estos principios determina que los delitos se encuentren inequívocamente consagrados en una ley que exista previamente a la conducta humana que, conforme a esa ley, se considera delictuosa; el segundo requiere que las acusaciones en contra del acusado sean sometidas a una estricta verificación judicial y puedan ser ampliamente controvertidas por el imputado. Sobre la significación y alcance de estos principios en el Estado democrático de derecho contemporáneo, véase Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 34-38, 94-97, 373-385, 603-623*».

desde la perspectiva del mandato de protección suficiente, el cual está relacionado con el postulado de vigencia de un orden justo¹⁷ y, por ende, con el imperativo del Estado de promover ese orden y el deber de investigar y sancionar las infracciones a la ley penal, *imponiendo penas condignas con el grado del injusto* y de culpabilidad, pero sin dejar de lado la función que aquellas han de cumplir en cada caso.

De tal forma que si como lo ha reconocido esta Corporación, «los fallos de la judicatura están inspirados en un principio de justicia, como lo ha dejado entrever la doctrina constitucional, por ejemplo en la sentencia C-366 de 2000»¹⁸, dicho postulado se quebranta en casos como el presente, donde la función de **prevención especial** que orienta primordialmente la imposición de las penas accesorias queda fuertemente menguada.

En efecto, el fin preventivo especial de las sanciones accesorias facultativas queda comprometido porque si a quien es declarado penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego (art. 365 C.P.), por ejemplo se le impone la pena mínima privativa de la libertad prevista en la ley —9 años—, en ese orden, siguiendo el sistema de cuartos, termina por aplicársele el extremo *idem* de la pena accesoria, valga decir, un año de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, sin

¹⁷ SCC T-429 de 1994 y SCC C-306 de 2012, entre otras.

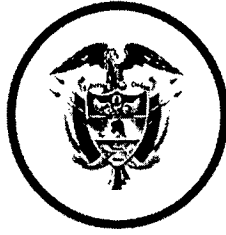
¹⁸ CSJ SP, 29 jul. 2009, rad. 28725.

detenerse a examinar las particularidades del caso que, en determinados eventos, *verbi gratia*, cuando el arma que se porta ilegalmente se usa para cometer otros delitos, como ocurrió en el caso de la especie, aconseja restringir el respectivo derecho en un *quantum* superior al mínimo que resultaría de aplicar la regla prevista en el artículo 61 del Código Penal, en orden a precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos.

Con todo comedimiento,



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aunque en sesión de la Sala de Casación Penal del pasado 28 de junio, suscribí la sentencia SP-9379-2017, dentro del radicado 45495, con la enunciación de aclaración de voto, una vez verificado, de nuevo, el contenido de dicha providencia, es mi intención reconsiderar tal postura, por cuanto me encuentro de acuerdo con la posición mayoritaria de la Sala y no hay ningún aspecto que sea del caso precisar.

En ese orden de ideas, me abstengo de manifestar la aclaración de voto señalada.


EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

Fecha *ut supra*.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CASACIÓN 45495
ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Salvamento parcial de voto

Acta 204 de 28-06-2017.

Tema. Fase probatoria en los procesos abreviados.

Comparto la decisión al dar por demostrada la materialidad, autoría y responsabilidad con base en el allanamiento a cargos y la evidencia que obraba en el proceso.

Mi disenso está en dos aspectos, a saber: 1) en el allanamiento la ley procesal penal no exige presentación de escrito de acusación y 2) el debido proceso probatorio en los procesos abreviados no se extiende hasta la presentación del escrito de acusación sino hasta la verificación del allanamiento por parte del juez de conocimiento o de la aprobación del preacuerdo.

El artículo 293 del C de P.P. hace equivalente a la acusación la aceptación de cargos y está se hace constar en el acta que suscriben las partes. Este es el único registro escrito que se exige para el trámite de verificación ante el juez de conocimiento, no se demanda por esa disposición ni

Rafael

escrito de acusación en el que se consigne el allanamiento. Este criterio ha venido siendo sostenido por la jurisprudencia de la Sala desde la providencia de fecha 31 de marzo de 2008 proferida en el radicado 29002 con ponencia de Alfredo Gómez Quintero. Tampoco para los preacuerdos se establece como requisito de procedibilidad la presentación del escrito de acusación.

Sobre el tema de marras en la providencia citada dijo la Corporación:

“En punto a la práctica de exigir (por parte de algunos jueces) o de elaborar (por iniciativa de algunos fiscales) escrito de acusación una vez pactado el acuerdo, consignado en el acta y suscrita ésta, al igual que signada la que contiene un allanamiento, ningún fundamento legal tiene tal procedimiento y mucho menos ofrece efectos prácticos, como pasa a verse.

En efecto, de conformidad con el art. 293 del CP.P. la aceptación de imputación, bien por allanamiento (“iniciativa propia”)o “por acuerdo con la Fiscalía”, comporta que lo actuado hasta ahí sea “suficiente como acusación”, consecuencia ésta que -para estos efectos- permite asimilar las dos formas de terminación abreviada. Ahora, si se trata de la especie de la negociación, es clara la ley al precisar que el escrito de acusación (propio del desarrollo cabal del esquema procesal) lo será el propio preacuerdo: “obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación” (art. 350 inc.1° se subraya), libelo del cual necesariamente hará parte -entre otros factores- la rebaja de pena que -hasta la mitad- se haya pactado, desde

Rafael

luego en aquellos casos en los cuales de la negociación haga parte el descuento punitivo, pues no hay duda que el convenio puede girar alrededor de temas distintos, como la pena a imponer, los subrogados a reconocer, la variación ventajosa de la tipicidad, la eliminación de agravantes, el reconocimiento de atenuantes, la supresión de un cargo específico, etc. Si se pacta el monto de la reducción de la pena ese aspecto del acuerdo "se consignará en el escrito de acusación" (art. 351 inc. 1º), que no es otro -como ya se comprobó- que el mismo preacuerdo, conforme al reseñado art. 350.

Ahora, la inutilidad de un escrito de acusación de cara a un acta de allanamiento o de preacuerdo es evidente, dado que en el cuerpo de ésta (conforme sucede con la acusación) deben consignarse la individualización de los acusados, la relación de los hechos jurídicamente relevantes, la relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso, y -en particular- todas las circunstancias de agravación que modifiquen límites punitivos, así como las de mayor punibilidad, unas y otras tanto fáctica como jurídicamente expresadas, pues de no, resultan de imposible aplicación por parte del juez en la sentencia, conforme a reiterada y pacífica doctrina de la Corte. Al fin y al cabo los requisitos del escrito de acusación antes reseñados (art. 337 C.P.P) deben formar parte del preacuerdo, en la medida en que éste es el equivalente a la acusación y que sirve de referente a la congruencia con la sentencia y a su vez en marco dentro del cual el sentenciador proferirá la condena.

Pero hay algo más: cuál es el fin de ese inútil escrito de acusación? de él no se entrega copia a las partes conforme el art. 337 in fine; de él no se corre traslado pues ni existe audiencia preparatoria, que es el escenario

Rafael

natural para ello, según el art. 339; él no va a servir de guía para la contabilización de los términos de libertad, a voces del art. 317 –numerales 4 y 5–; de él no se predicán los requisitos sustanciales para acusar, como son que con base en la información procesal se pueda afirmar con probabilidad de verdad la existencia de la conducta y la calidad de autor o partícipe, porque tales atributos se predicán de la aceptación de cargos; en fin, de ese escrito sobreviniente al acta no se genera consecuencia procesal alguna, pues tales efectos se pregonan es del acta contentiva de la aceptación de cargos.

En cambio sí, su elaboración puede comportar consecuencias indeseadas, como cuando un fiscal lo presenta tardíamente ante el juez, o como cuando a través de él se pretendan incluir agravantes o atenuantes, o – en fin- se busque modificar los términos del preacuerdo. Más grave sería, por ejemplo, que allanado el imputado (y verificada por el juez de garantías la preservación de las mismas), el fiscal introdujera alguna modificación a la tipicidad, o se refiriera a la pena o algún subrogado, todo ello –desde luego- por fuera del marco de su competencia, pues no ha de olvidarse que suscrita el acta (de allanamiento o de preacuerdo) tanto fiscal como juez de garantías pierden competencia para seguir actuando, pues lo hasta ahí adelantado debe remitirse al de conocimiento para que cite a audiencia de individualización de pena (en el primer caso) o audiencia de aprobación del acuerdo si se trata de preacuerdo.

En síntesis, aceptados los cargos por un imputado (por cualquiera de las especies) ni el juez puede exigir, ni el fiscal está obligado a elaborar escrito de acusación, pues el fallador deberá actuar con base en la acusación que

Rafael

llega a su conocimiento, que no es distinta al acta de allanamiento o preacuerdo.”

Por tanto, el cambio de jurisprudencia en la decisión adoptada sobre la temática referida en los párrafos anteriores, no lo comparto. Así se expresó la Sala mayoritaria: “el momento oportuno para la aducción de los elementos materiales de conocimiento que habrán de ser valorados por el juez de conocimiento-incluidos favorables al acusado- a fin de decretar la legalidad del allanamiento y dictar la correspondiente sentencia, **es la presentación del escrito de acusación**”.

La oportunidad de la actividad probatoria en las terminaciones abreviadas, en el caso de los allanamientos, el ciclo lo cierra el siguiente aparta del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1453 de 2011, al señalar: “*examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación...*”. Para el caso de los preacuerdos, específicamente en el inciso tercero del artículo 351 del C de P.P., se señala: “*En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación*”, para agregarse seguidamente que “Aprobados

Rafael 5

07 JUL 2017

CASACIÓN 45495
ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ

los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente”.

Obsérvese que de los textos legales, las facultades de las partes e intervinientes en materia probatoria queda cerrada sin discusión en el proceso en trámite a partir del momento en que se hace la declaración de verificación de legalidad del allanamiento o de la aprobación del preacuerdo, por ello hasta ese momento anterior es posible aportar al expediente elementos probatorios vinculantes que incidan en la decisión judicial a adoptar, en obediencia a los principios de preclusividad y debido proceso probatorio.

Cordialmente



EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.

Magistrado

Fecha ut supra.

Rafael
6