



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrados Ponentes

SP359-2022

Radicación No. 54535

(Aprobado Acta No. 028)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado MAURICIO ANTONIO ORTIZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 5 de octubre de 2018, a través de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí el 1º de agosto del mismo año, que lo halló penalmente responsable como autor de la comisión del delito de

fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Fueron resumidos por el juzgador de segunda instancia así¹:

«Mauricio Antonio Ortiz fue sorprendido (el 16 de enero de 2018), por miembros de la Policía Nacional en posesión de un arma de fuego de defensa personal con dos cartuchos para la misma, sin permiso de la autoridad competente, cuando transitaba por la calle 53 con carrera 53 del municipio de Itagüí, razón por la cual un representante de la Fiscalía General de la Nación lo acusó formalmente como autor del delito previsto en el artículo 365 del código penal, sin que se allanara a cargos.».

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

El 17 de enero de 2017², ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, se desarrollaron las audiencias de legalización de la captura, formulación de imputación -como autor del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones-, e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva intramural contra MAURICIO ANTONIO ORTIZ, quien no se allanó a los cargos.

Formulada el 10 de mayo de 2018 la acusación por el referido punible, el 1º de agosto siguiente en lugar de

1 Cfr. Folio 109 del c. del proceso.

2 Cfr. Folio 3 *ibídem*.

celebrarse la audiencia preparatoria programada se sometió a verificación el acuerdo al que habían arribado las partes, consistente en la aceptación, por parte del procesado, de su responsabilidad penal a cambio de que se le degradara de autor a cómplice, por lo cual se le impondría una pena de 5 años de prisión.

Tras constatar la preservación de garantías y el respeto de los lineamientos legales y jurisprudenciales que informan el instituto de los preacuerdos, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Itagüí lo aprobó y consecuentemente condenó al procesado como autor del delito por el cual se le acusó, pero le impuso prisión de 5 años correspondiente al cómplice, negándole la concesión de subrogados penales³.

Tal decisión, apelada por el defensor⁴, fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia del 5 de octubre de 2018⁵, ahora objeto del recurso extraordinario de casación⁶.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de MAURICIO ANTONIO ORTIZ formula, como cargo único principal, la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los

3 Cfr. Folios 79 a 81 *ibidem*.

4 Cfr. Folios 84 a 97 *ibidem*.

5 Cfr. Folios 109 a 111 *ibidem*.

6 Cfr. Folios 128 a 174 *ibidem*.

artículos 38⁷, (modificado por el 22 de la Ley 1709 de 2017), y 38B⁸ de la Ley 599 de 2000, adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014.

Sostiene que en virtud del acuerdo celebrado con la Fiscalía se pactó una pena de 5 años de prisión como consecuencia de la degradación realizada respecto de la forma de participación de autor a cómplice en el delito imputado, lo cual alteró los extremos punitivos derivados de la acusación fijados entre 9 y 12 años, para determinarlos ahora entre 4.5 y 10 años de prisión.

Por eso, afirma, los juzgadores debieron verificar la concesión del sustituto punitivo regulado en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014, a partir del requisito objetivo dispuesto para tal efecto -que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos-, el cual se cumple en el presente asunto pues la pena mínima es de 5 años.

Reconoce que la concesión del subrogado penal no fue parte integral del acuerdo sino una solicitud elevada por la defensa al considerar acreditados todos los requisitos del artículo 38B y de conformidad con la posición mayoritaria de la jurisprudencia.

7 La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

8 Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.

La omisión del *ad quem* se produjo al interpretar el artículo 38B del Código Penal en el sentido de que el delito a tener en cuenta a efectos de cumplir el factor objetivo exigido para la concesión de sustitutos y subrogados penales es el atribuido en la acusación y no el acordado, apartándose así del precedente jurisprudencial según el cual dicho análisis debe realizarse con fundamento en la conducta consensuada y no en la ocurrida e imputada.

Refiere al efecto amplia jurisprudencia de la Sala sobre la alteración de los extremos punitivos de la pena en virtud de los preacuerdos y su incidencia en la verificación de los requisitos para la concesión del subrogado, línea que en su criterio desconoció el Tribunal.

Concluye que los acuerdos entre la Fiscalía y el procesado son vinculantes tanto para éstos como para el Juez, quien solo puede rechazarlos cuando desconozcan garantías fundamentales, y que la degradación típica efectuada en su virtud tiene incidencia en los sustitutos penales, pues deben verificarse según los términos pactados, sin posibilidad de modificarse en desmedro de los intereses del procesado.

Solicita, por tanto, que el fallo impugnado sea casado y así se conceda a su defendido la prisión domiciliaria.

En subsidio acusa el fallo recurrido de infringir directamente la ley sustancial debido a la falta de aplicación

del artículo 23⁹ de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el 38B de la Ley 599 de 2000, propuesta que, con los mismos fines de la principal, sustenta en igual fundamentación.

SUSTENTACIÓN Y REPLICAS

1. La defensa

Ratifica los cargos propuestos, los argumentos en que se basa y sus consecuentes peticiones citando al efecto diversos precedentes de la Sala vigentes al momento de los hechos, de los cuales concluye que: (i) los acuerdos y negociaciones realizados entre la Fiscalía y la defensa son vinculantes para éstos y para el juez, quien solo puede rechazarlos cuando desconozcan garantías fundamentales; (ii) los acuerdos sobre el grado de participación en el punible son válidos; (iii) la degradación típica del comportamiento tiene incidencia en los sustitutos penales pues deberán verificarse conforme a los términos del acuerdo y; (iv) al fallador no le es dable modificar o interpretar los términos del pacto en desmedro de los intereses del procesado.

Refiere también la sentencia de constitucionalidad SU479 de 2019 y las decisiones de esta Sala SP2073-2020 de 4 de junio, radicado 52227 y SP3002-2020 de 19 de agosto del mismo año, radicado 54039, para destacar el llamado que por medio de ellas se hizo en torno a darle claridad a los preacuerdos con el fin de evitar debates

⁹ Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.

innecesarios sobre la concesión de subrogados y a la aplicación de la norma más favorable para calcular la pena y evaluar la procedencia de subrogados penales.

Relieva finalmente que la rebaja concedida a su asistido en el presente caso en virtud del acuerdo fue del 55.55% y por tanto no se torna desproporcionada.

2. La Fiscalía

Tras examinar conjuntamente los cargos formulados advierte que la condena irrogada al procesado en calidad de autor se halla acorde con la facticidad del caso, al igual que la calificación jurídica de la complicidad pactada por las partes, pues ésta solo se tuvo en cuenta para calcular el monto de la pena.

Destaca que la solución al problema planteado en la demanda se ha resuelto por la Sala de manera disímil, razón por la cual debe acudir a la jurisprudencia vigente al momento en que se registraron y definieron los hechos, según la cual, la aplicación de subrogados debe estudiarse a partir de las cláusulas acordadas y no de conformidad con el delito realmente ejecutado e imputado, con lo cual el cargo propuesto estaría llamado a prosperar.

Relieva en ese orden la decisión del 21 de octubre de 2020, radicado 51478, la cual, en su sentir y sin manifestación expresa, varió la jurisprudencia, al reconocer

la legalidad de una sentencia donde se negó el beneficio de la prisión domiciliaria analizada a la luz del delito realmente ejecutado, con lo cual, cuando estos mecanismos no han sido objeto de la negociación, el juez de conocimiento puede decidir lo que considere corresponde en derecho. Solicita, por eso, a la Corte unificar su jurisprudencia respecto al problema jurídico planteado.

3. El Ministerio Público

Encuentra razonables las censuras propuestas toda vez que los fallos de instancia desconocieron los precisos términos del acuerdo mediante el cual se convino una pena de 5 años la cual cumple la condición objetiva establecida por el artículo 38B.1 del Código Penal.

En su opinión, el *ad quem* desconoció el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal al no respetar el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, más aún cuando no se advirtió la vulneración de garantías fundamentales.

Relaciona también jurisprudencia de la Sala donde se determina que, en los supuestos de degradación en la forma de concurrencia en la conducta punible de autor a cómplice, al juzgador le corresponde, además de juzgarlo a este título, examinar la pena sustitutiva de prisión intramural con los extremos punitivos previstos para el último.

Solicita, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia impugnada para que se tenga en cuenta la participación del procesado a título de cómplice según el acuerdo logrado y se le otorgue el sustituto de la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

No obstante ser la sentencia impugnada producto de un preacuerdo, a la defensa le asiste interés para recurrir en cuanto la única objeción formulada contra aquella se sustenta en la negativa a reconocer prisión domiciliaria, la cual por demás no fue materia del convenio.

Bajo dicho supuesto se abordarán las censuras en el objetivo de determinar la legalidad de la sentencia del Tribunal en cuanto analizó el factor objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria con sustento en la calidad de autor por la cual se formuló imputación y acusación al procesado y fue condenado, no obstante haberse pactado con la Fiscalía su degradación a cómplice.

Si bien la demanda postula en relación de subsidiariedad dos cargos, uno por interpretación errónea de los artículos 38 y 38B del Código Penal y otro por falta de aplicación del 23 de la Ley 1709 de 2014, se examinarán en conjunto por plantear idéntico problema jurídico, sustentarse en la misma argumentación y perseguir igual resultado.

En ese propósito la Sala: (i) puntualizará los términos del acuerdo celebrado entre Fiscalía y acusado; (ii) rememorará los argumentos de los jueces de instancia; (iii) enunciará sus pronunciamientos en torno al punible a considerar cuando ha mediado un preacuerdo, en aras de definir la concesión de subrogados penales que le permitan además precisar su jurisprudencia y (iv) resolverá el caso en concreto.

1. Lo acordado.

El 1º de agosto de 2018, fecha en la cual las partes estaban convocadas para desarrollar la audiencia preparatoria, la Fiscalía solicitó el cambio de objeto de la misma por haber celebrado un preacuerdo con la defensa, el cual sometían a verificación.

El aludido pacto consistió en que *“el señor Mauricio Antonio Ortiz acepta los hechos tal y como los ha narrado la Fiscalía y de igual manera acepta la calificación jurídica que le ha dado la Fiscalía a estos hechos; como contraprestación por aceptar su responsabilidad, la Fiscalía le reconoce que su actuar estuvo conforme al artículo 30 del Código Penal, inciso 2º, es decir una forma de participación a título de cómplice... también entendiendo la jurisprudencia de la Sala Penal que ha señalado que en los preacuerdos es posible a la Fiscalía variar la forma de participación de autor a cómplice...”*.

En tales términos, el preacuerdo fue aprobado por el juez, quien sin modificar, desde luego, el aspecto fáctico del caso condenó al enjuiciado por la conducta punible objeto de acusación, esto es, como autor y no como cómplice del ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y, conforme con las cláusulas del acuerdo celebrado, le impuso la pena privativa de la libertad de 5 años y le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, debido a la insatisfacción del presupuesto objetivo contemplado en el artículo 23.1 de la Ley 1709 de 2014¹⁰, guiando para ello su estudio con base en la sanción prevista para el autor del ilícito aludido, esto es, 9 años de prisión, la cual supera el tope de 8 años exigido por la norma como condición cuantitativa para la concesión del sustituto penal.

Tal negativa a reconocer subrogados fue protestada por la defensa¹¹ al considerar que *“El problema radicó en la falta de claridad en punto a la falta de concesión del subrogado, que, aunque no fue pactado entre las partes, conforme al precedente vigente al momento de los hechos, debió ser concedido ante la evidente modificación de los extremos punitivos frente a la conducta objeto de persecución penal ...”*, de donde se extrae que en efecto la prisión domiciliaria no fue objeto del acuerdo y que por tanto, su concesión y estudio quedó sometida al discernimiento del juzgador, quien, según la pretensión defensiva, debió aplicar el

¹⁰ Esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima legalmente prevista sea de 8 años de prisión o menos.

¹¹ Cfr. Folio 6 del escrito de sustentación de demanda de casación.

precedente jurisprudencial de conformidad con el cual, el análisis de dicho sustituto se efectúa con base en el grado de participación convenido.

2. El razonamiento de los jueces de instancia.

El *a quo*, luego de verificar la legalidad del consenso celebrado entre las partes así como el respeto de las garantías fundamentales y en atención a que la hipótesis delictiva acordada: (i) estaba legalmente prevista; (ii) el procesamiento fue seguido por la autoridad judicial competente; (iii) hubo respeto a la estructura procesal propia del sistema acusatorio; (iv) el derecho a la defensa fue salvaguardado y (v) se satisficieron los requisitos previstos en los artículos 7° inciso final y 381.1 del Código de Procedimiento Penal, emitió en contra del acusado el correspondiente fallo condenatorio en calidad de autor de la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones¹².

Seguidamente, acordada como fue por las partes una pena imponible de 5 años de prisión sujeta así al principio de legalidad, examinó la procedencia de los subrogados, determinando que no se cumplía el factor objetivo para la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni para la prisión domiciliaria¹³, relevándose con ello del análisis del requisito subjetivo de la norma.

¹² Cfr. Folio 70 de la carpeta del proceso.

¹³ Cfr. Folios 79 y 80 *ibidem*.

Aludió a la existencia de una discusión en torno a cuál era la punibilidad que debía considerarse en el estudio de la concesión de subrogados y beneficios tratándose de preacuerdos que incorporan el reconocimiento de institutos reductores de la punibilidad y advirtió que la visión mayoritaria de la Corte abogaba por examinar tal extremo a partir de la pena negociada, es decir, para el caso particular, el análisis del otorgamiento de la prisión domiciliaría se efectuaría según la contemplada para el cómplice del delito en cuestión, vale decir 54 meses de prisión, monto punitivo inferior al de 8 años exigidos para la satisfacción del presupuesto objetivo, según el cual procedería su otorgamiento¹⁴.

Indicó¹⁵, sin embargo, que no se trataba de una postura unánime de la Sala de Casación Penal, dada la existencia de un salvamento de voto que propugnaba por la tesis contraria, acorde con la cual la fuente jurídica determinante de la disminución punitiva es tan solo una ficción habilitante de dicha reducción, mas no autoriza a entender que el comportamiento deducido de los hechos probados conlleva la demostración de la conducta negociada, pues ello afectaría el principio de legalidad, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y a desconocer el derrotero legal de aprestigiamiento de la justicia fijado para los preacuerdos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004.

14 Cfr. Folio 80 *ibidem*.

15 Cfr. *Idem*.

Del mismo modo, señaló que el razonamiento mayoritario de la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Medellín se allanaba a la postura disidente de la Corte Suprema¹⁶ y descendiendo al caso concreto citó la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, mediante la cual dicho Tribunal interpretó que los preacuerdos deben estar regulados por los principios de legalidad y tipicidad de las penas, lo cual implicaba su análisis de conformidad con lo efectivamente sucedido y probado y no bajo ficciones procesalmente indemostradas; con ello, los 9 años de prisión previstos para el autor del punible recriminado, incumplían la exigencia objetiva exigida para la prisión domiciliaria procediéndola a negar¹⁷.

El *ad quem* por su parte, avalando la postura del juez de primera instancia¹⁸, destacó que de conformidad con el preacuerdo la única contraprestación al procesado se ceñía a la imposición de la pena por el delito pactado, señalando la afectación de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y a la reparación, así como a los fines de los preacuerdos, que se produciría si se accedía a analizar la concesión de la prisión domiciliaria con base en un punible diferente al realmente cometido¹⁹.

Adujo que para garantizar los derechos de las víctimas no bastaba con citarlas a las conversaciones tendientes a

16 Cfr. *Ibidem*.

17 Cfr. Folio 81 *ibidem*.

18 Citando al efecto la providencia previa de esa Corporación de 13 de septiembre, emitida dentro del radicado 2015-00455, que recogió la postura anterior.

19 Cfr. Folio 110 *ibidem*.

consolidar el acuerdo entre la Fiscalía y el procesado, pues ello no garantizaba que fueran oídas, así como la declaración de responsabilidad por el delito acordado no implicaba necesariamente el respeto de sus prerrogativas, pues no podían oponerse al consenso celebrado²⁰.

Aludió a la posibilidad de generar injusticia en situaciones en las cuales el cambio en la tipicidad producida por el acuerdo condujera a la declaratoria de prescripción de la acción penal, lo cual se traduciría en una burla para los asociados²¹.

Se refirió al fin legal de los preacuerdos, esto es, la disminución de la pena legal aplicable y mencionó la violación al debido proceso en el supuesto de declarar responsable a una persona por un delito que no cometió²².

Finalmente, sostuvo que la declaración de responsabilidad debía producirse a título de autor como lo informa el supuesto fáctico del suceso ilícito, lo cual conducía a que para todos los efectos distintos a la sanción, entre ellos la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria, se aplicara la pena correspondiente a la del autor, que al ser en el caso *sub judice* de 9 años, impedía objetivamente la concesión del beneficio, confirmando de esta forma la decisión apelada²³.

20 Cfr. *Idem*.

21 Cfr. Folio 111 *ibidem*.

22 Cfr. *Idem*.

23 Cfr. *Idem*.

3. La jurisprudencia de la Sala al respecto.

El desarrollo jurisprudencial del instituto de los preacuerdos y negociaciones ha estado acompañado de los debates propios en torno a lo que se puede negociar, las formas de declaración de responsabilidad, la necesidad de un mínimo probatorio de responsabilidad, el rol de la Fiscalía, del juez, la defensa y la víctima y la oportunidad procesal para efectuar la negociación, entre otros.

No ha escapado a la anterior controversia la definición de cuál es el ilícito o el nivel de participación por el que debe proferirse la sentencia con sus consecuentes efectos en institutos como los subrogados penales, es decir, si lo debe ser por el punible objeto de imputación o de acusación, o por el pactado vía preacuerdo, sobre todo en aquellos eventos donde se introduce alguna modificación a la calificación jurídica en compensación a la culpabilidad aceptada por el procesado.

La Sala, bien como tribunal de segunda instancia o de casación, de forma mayoritaria, ha venido avalando en la práctica los diferentes preacuerdos sometidos a su conocimiento y en esa medida entendido que la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le sean anejas, bajo cuatro supuestos: i) Los preacuerdos tienen efectos vinculantes para el juez pues, en términos del inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, *“los preacuerdos celebrados entre*

Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”; ii) el preacuerdo, en aquellos casos en que se logra después de la formulación de la imputación, hace las veces de escrito de acusación, como que de conformidad con el artículo 350 ídem, *“Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”*; iii) no le es legalmente posible al juez controlar materialmente la acusación; la calificación jurídica de los hechos y la fijación de los jurídicamente relevantes corresponde con exclusividad a la Fiscalía, sin perjuicio de que se examinen los requisitos que le defieren legalidad al preacuerdo, ni aquellos que fundamentan la sentencia anticipada y iv) como generalmente se advierte que es el procesado quien impugna como recurrente único, opera la prohibición de reforma peyorativa, de modo que ni aún por vía de nulidad podrían improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.

Bajo tales supuestos se han proferido, entre muchos otros y casi desde los inicios del sistema penal acusatorio en nuestro país, el auto del 16 de mayo de 2007 (Rad. 27218), reiterado el 6 de febrero de 2013 (Rad. 39892); el del 20 de noviembre de 2013, Rad. 41570; la sentencia de casación del 15 de octubre de 2014 (SP13939-2014, Rad. N° 42184); el auto AP7233-2014, Rad. 44906; la sentencia SP14842-2015, en la cual se resaltó además la imposibilidad de desmejorar, por vía de nulidad del preacuerdo, la situación del procesado como recurrente único; las sentencias

SP2168-2016, SP7100-2016, SP17024-2016, SP16933-2016, SP16907-2016, SP747-2017, SP18912-2017, SP486-2018, reiterada en la providencia AP5285 del mismo año, SP4439-2018, SP2295-2020 y SP3002-2020 en la cual igualmente se relievó la imposibilidad de invalidar el preacuerdo debido a la prohibición de reforma peyorativa.

A pesar de las argumentaciones que en este asunto expuso la Fiscalía en aras de acreditar un supuesto cambio de la jurisprudencia, que en realidad no existió, la misma tesis mayoritariamente consolidada a través de las decisiones antes relacionadas, se aplicó en la sentencia SP4225-2020, Rad. 51478, pues a través de preacuerdo el procesado aceptó culpabilidad por el delito imputado, esto es tentativa de homicidio simple; a cambio se le reconoció la pena dispuesta para cuando el delito es cometido en circunstancias de marginalidad. La Corte entendió que, así como sucedió en la sentencia SP486-2018, Rad. 50000, el fallo se dictó de conformidad con lo convenido, sólo que en eso no hubo cambio alguno de calificación y que la remisión, en aquel caso, a las circunstancias de marginalidad fue solo para efectos punitivos, precisando una vez más la imposibilidad de modificar la sentencia ante la prevalencia de la prohibición de reforma en perjuicio.

Más recientemente, la tesis jurisprudencial fue mayoritariamente ratificada en sentencia SP1288-2021, reiterándose la vigencia del acuerdo por virtud de la prohibición de reforma peyorativa.

Como fácil se advierte, a través de todos estos casos la Sala ha venido consolidando, eso sí no de manera pacífica, una tesis de conformidad con la cual, se reitera, la sentencia originada en un preacuerdo se profiere según lo pactado, con todas sus consecuencias y la ha sustentado, como ya se señaló en precedencia, en el efecto vinculante del convenio, en la imposibilidad de ejercer un control material propiamente dicho sobre los juicios de imputación y acusación y en la prohibición de reforma peyorativa, lo cual no significa ineludiblemente que ese sea el ideal jurídico pues también ha entendido, desde aquél mismo momento y a partir de sus propias disquisiciones y de la jurisprudencia constitucional que los preacuerdos y la actividad de la Fiscalía en ese ámbito se sujeta a ciertos límites que deben satisfacer los objetivos de esta forma de terminación anormal del proceso.

Por eso, no ha impedido tal doctrina, que en varias ocasiones, desde los albores de la aplicación del sistema penal oral acusatorio y de los preacuerdos, se advirtiera y se llamara la atención en torno a la forma como debería adelantarse la respectiva negociación y plasmarse sus cláusulas a efectos de que no se llegara, como ocurrió en la práctica, dados los supuestos ya reseñados y según se evidencia de la anterior relación jurisprudencial, a la aprobación de acuerdos sin una base fáctica sólida que atendiesen, entonces y por demás, los parámetros señalados en la sentencia C-1260/2005 y ahora en la SU-479/2019.

Así, en fallo del 12 de septiembre de 2007, Rad. 27759, ya avizoraba la Sala:

“El problema jurídico radica entonces en saber ¿cuál es la circunspección del fiscal a la hora de celebrar un preacuerdo?, tema que resulta definitivo a la hora de celebrarlos:

Cuando la Corte Constitucional revisó el numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, referido a los preacuerdos sobre los términos de la imputación, en sentencia C-1260 de 2005, avaló de forma condicionada la norma impugnada, en favor de la legalidad de los preacuerdos entre la fiscalía y la defensa.

El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que es permitido a la Fiscalía tipificar [Léase imputar] la conducta dentro de su alegación conclusiva de forma específica con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar [no imputar, excluir] alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda [Léase imputación jurídica circunstanciada].

Se trata –insiste la Sala– de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la Administración de justicia.

...

Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias

específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.

Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia (los términos de la imputación), y cuál es el precio de lo que se negocia (el decremento punitivo).

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

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

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

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

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

Es a partir de la imputación fáctica y jurídica precisa, como referente “obligado” –insiste la Sala- que pueden los sujetos procesales “negociar” los términos de la imputación; la imputación correcta es el único parámetro que permite establecer los dos factores: La pena a imponer si no hay preacuerdo y la pena a imponer producto del consenso (la relación costo / beneficio de los términos de la acusación).

Y en la sentencia SP13939-2014, Rad. 42184:

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

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

Esa manida forma de asumir el preacuerdo como especie de tronera que le permite desasirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración, ha conducido de manera perversa a que en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de

negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa a fin de contar con la oportunidad de mermar su carga laboral.

...

Pero, de ninguna manera ello puede justificar tantos y tan gratuitos beneficios otorgados a los acusados, que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, terminan por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano.

...

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

...

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

O en la del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Rad. 52227, en la cual se precisó:

“...los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –según el estándar previsto para cada fase-,

sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos;

...el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Lo anterior, sin perder de vista otros aspectos relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los subrogados penales, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

...

El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje,... las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.

Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son

calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.

A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.

...

En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados”.

O final y más recientemente (19 de agosto de 2020), en sentencia SP3002-2020 Rad. 54039, donde con sustento en decisiones previas y en similar sentido se sostuvo:

“Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-1260 DE 2005 Y SU 479 de 2019) como la de esta Corporación (52227 de 2020) han aclarado que las partes, en virtud de un acuerdo, no pueden: (i) incluir circunstancias de menor punibilidad u otros cambios de la calificación que no tengan base fáctica y probatoria; (ii) mucho menos, cuando ello entraña una rebaja de pena desproporcionada; y (iii) sin que pueda desatenderse la obligación de obrar con diligencia extrema cuando la víctima pertenece a un grupo poblacional especialmente vulnerable.

Lo anterior, sin perjuicio de que el acuerdo consista en tomar como referente una norma penal menos gravosa, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, sino para efectos de calcular la pena, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, como sucede en el caso de quien indiscutiblemente es autor pero, en virtud del acuerdo, se le impone la pena que le correspondería al cómplice (SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020).

En este último evento resulta claro que: (i) las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta, siguiendo con el mismo ejemplo, de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable –para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio-, constituye, precisamente, el beneficio por someterse a la condena anticipada; (ii) todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que

corresponda –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente; (iii) el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad –prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, por excesivo, resulte contrario a la necesidad de aprestigar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) igualmente, es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (ídem).

Lo anterior, sin que pueda perderse de vista que los límites a los acuerdos, establecidos en el ordenamiento jurídico y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, no están orientados a socavar las bases del sistema de tendencia acusatoria regulado en la Ley 906 de 2004”.

Es decir, la Corte ha advertido de forma categórica que los preacuerdos deben versar sobre una calificación jurídica fundada en la base fáctica que, apoyada probatoriamente según la estructura propia del sistema, constituyan los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación o en la acusación.

En ese orden, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, de modo que el procesado comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o

acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias.

En esa misma línea debe ser el rol del juzgador, no en fijar una calificación jurídica según su criterio, sino en advertir que el acuerdo lo sea en esos términos y que en torno a ellos el acusado tenga la claridad necesaria; por lo mismo no debe aprobar aquellos pactos que tozudamente varíen la calificación jurídica sin que medie una base fáctica.

El caso concreto:

Como ya se advirtió, el preacuerdo celebrado en el presente asunto consistió en la aceptación por el procesado del cargo imputado y objeto de acusación tal como lo precisó la Fiscalía durante esos actos, esto es, autor de porte ilegal de armas; como contraprestación o compensación la Fiscalía le reconoció la pena propia del cómplice y así se fijó en 5 años de prisión, sin que del mismo hiciera parte, se reitera, la concesión de la prisión domiciliaria, la cual, por tanto, quedaba a criterio del juzgador.

En esos términos, más allá de que no hubo ciertamente alteración alguna del supuesto de hecho, pero tampoco base fáctica para predicar una complicidad, lo cierto es que el convenio en manera alguna varió la forma de participación del imputado por cuanto en virtud de él, *“...Mauricio Antonio Ortiz acepta los hechos tal y como los ha narrado la Fiscalía*

y de igual manera acepta la calificación jurídica que le ha dado la Fiscalía a estos hechos...”, es decir autor, no cómplice, del punible de porte ilegal de armas y a cambio se le reconoció, a título de compensación la pena de éste, sin que en parte alguna pueda entenderse que la calificación jurídica del tipo subjetivo varió de autor a cómplice, mucho menos cuando, se reitera, no existía una base fáctica para que se procediera jurídicamente a esa modificación.

Luego, en esas condiciones, finalmente las decisiones de instancia se sujetaron a la reiterada y mayoritaria doctrina de la Corte por cuanto se emitieron en consonancia con lo pactado, es decir que se condenó como autor, porque así lo asintió el procesado, pero se le impuso la pena del cómplice porque así lo ofreció la Fiscalía y aceptó aquél en compensación, por manera que en tales circunstancias los cargos formulados por el casacionista parten de una base errada al proponer un entendimiento contrario a la literalidad del convenio.

Por lo mismo, ninguna trascendencia podía tener las referencias que los juzgadores hicieron a los votos disidentes que en esa materia existen al interior de la Sala, ni a las decisiones del mismo orden proferidas en el Tribunal que conoció en segunda instancia de este asunto, sencillamente porque la sentencia se profirió de conformidad con lo pactado.

Por tanto, como se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del

preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción del cómplice la cual fue referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad.

Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Cúmplase.



FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente

1@2022



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Aclaración de Voto



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO

CUI: 05360609905720180030801

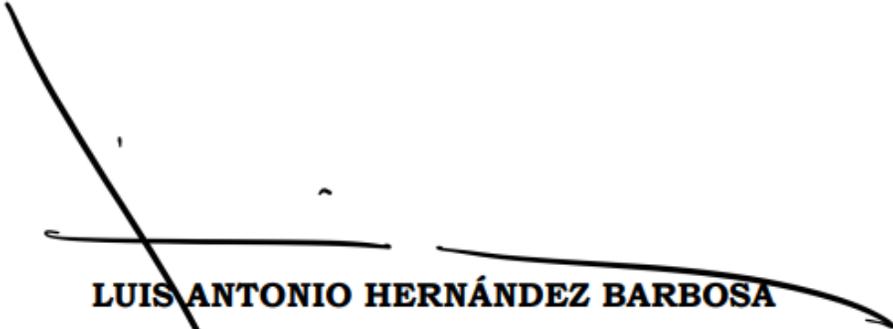
NI: 54535

Casación

Mauricio Antonio Ortiz



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

ACLARACIÓN DE VOTO

Casación: 54535

Procesado: Mauricio Antonio Ortiz

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de mayorías, procedo a presentar las razones que me animan a aclarar mi voto a la decisión anterior, con el propósito de mostrar de manera completa la línea jurisprudencial de la Sala respecto al delito que debe regir la evaluación del requisito objetivo para la concesión de subrogados penales en procesos terminados mediante preacuerdos, y analizar el cumplimiento de las exigencias que habilitan a los jueces a apartarse de la doctrina probable de la Corte, debido a las repercusiones que ello puede generar con relación a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima en la administración de justicia y en los derechos fundamentales a la igualdad de trato jurídico y debido proceso.

- (i) Línea jurisprudencial de la Sala respecto del delito que debe regir el estudio del factor objetivo**

de los subrogados penales en procesos culminados mediante preacuerdo

A la hora de definir el ilícito que debe orientar el análisis del requisito objetivo para la concesión de beneficios y subrogados penales la Sala ha tenido dos posturas: según la primera, el estudio debe realizarse con base en el delito pactado, mientras que de acuerdo con la segunda, se efectúa con fundamento en el delito realmente cometido.

1. Estudio del factor objetivo para la concesión de beneficios y subrogados con base en el delito pactado

Esta primera corriente es sostenida por la Sala desde la SP. de 14 de marzo de 2006, radicado 24052; en dicha decisión, la Corte tuvo en cuenta la incidencia del descuento punitivo en la tasación de la pena generado en virtud del preacuerdo celebrado, y articuló dicho monto para definir la procedencia del subrogado de la ejecución condicional de la pena.

A partir de entonces para la Sala, el estudio de los mecanismos que rigen la ejecución de la pena privativa de la libertad se determina con fundamento en la modalidad de la conducta acordada entre la Fiscalía y el procesado; en otras palabras, la calificación jurídica consensuada es la que concreta el factor objetivo exigido para la procedencia de los subrogados y sustitutos penales.

Para sustentar el anterior razonamiento, la Corte ha utilizado varios argumentos tales como los principios de responsabilidad individual y proporcionalidad de la sanción¹. Así, en la SP3103-20016 de 9 de marzo de 2016, radicado 45181, que retomó la SP de 18 de noviembre de 2008, radicado 30539 afirmó lo siguiente:

«Así pues, la noción de «conducta punible» a la que se refiere el citado precepto no puede entenderse como una remisión genérica e igualitaria para todos quienes hayan cometido tal o cual comportamiento, por el contrario, su inteligencia apunta, conforme al principio de proporcionalidad de la sanción, a que debe ponderarse en cada caso concreto cuál es la conducta que determinó la imposición de la pena.

...

Si ello es así, dado que en la estructura del fallo, luego de la acreditación de la materialidad del delito, así como de la responsabilidad del acusado, el funcionario judicial procede a cuantificar la sanción teniendo en cuenta para ello no únicamente el comportamiento por el que se procede, sino las circunstancias modificadoras de la punibilidad generadas como consecuencia del preacuerdo, encuentra la Sala que mutatis mutandi, cuando se establece la conducta punible en punto del elemento objetivo para acceder a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, también deben tenerse en cuenta tales variantes de los extremos punitivos, a fin de precisar con singularidad e individualidad, que en el caso concreto la «pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos».

Del mismo modo reflexionó la Sala, en la SP17024-2016 de 23 de noviembre de 2016, radicado 44562, señalando la inadmisibilidad de mantener una distinción entre el punible cometido y el negociado, expresando que delito es solo la conducta por la cual se acepta la culpabilidad, la cual debe orientar el estudio para la fijación de las consecuencias de la pena. Obsérvese:

¹ Este aspecto fue especialmente tratado en la SP1289-2021 del 14 de abril de 2021, rad. 54691.

«En principio, cuando la fiscalía y el acusado llegan a un acuerdo sobre “los hechos imputados y sus consecuencias”, no puede confundirse la “compensación” punitiva resultado de él con sus efectos.

La inconsecuencia de la tesis fijada en la sentencia conduce a soluciones insatisfactorias, tales como que si el nomen juris se modifica, verbi gratia, acceso carnal violento en acceso carnal abusivo con menor de catorce años, para la fijación de la pena se tendría en cuenta la abstracta para esta conducta mientras que para la determinación de los beneficios judiciales o subrogados penales la prevista para la primera.

Esto es que mientras al imputado le sería impuesta la pena señalada en el artículo 208 del Código Penal para el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, para los demás efectos se tendría la consagrada en el artículo 205 ídem para el acceso carnal violento, conducta punible respecto de la cual ninguna manifestación de culpabilidad hizo, evidenciándose la inconveniencia, lo restrictiva y desfavorable para el imputado que renuncia a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, y contribuye a hacer efectivo los derechos de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación.

Igual ocurriría con fenómenos relativos a la extinción de la acción y de la sanción penal por prescripción, hipótesis en las cuales la pena a tenerse en cuenta sería según ella la del delito “cometido” y no por la que el acusado fue condenado, la cual por esa vía contraría los efectos y consecuencias de lo pactado o convenido con la fiscalía.

Del mismo modo tampoco puede hablarse que el acusado sea autor y cómplice de la conducta al mismo tiempo, puesto que óntica y jurídicamente resulta imposible sostener dicha dualidad. O es uno o es lo otro, pero no ambas a la vez. Si el grado de participación acordado es el de cómplice, esta calidad debe tenerse en cuenta con todas sus consecuencias, porque fue la convenida al aceptar su responsabilidad penal.».

Asimismo, el análisis del factor objetivo de los subrogados penales a partir del comportamiento pactado se ha fundamentado en la fuerza vinculante que para el juez tienen los preacuerdos en nuestro sistema y su imposibilidad de modificarlo. Con este norte, la SP931-2016 de 3 de febrero de 2016, radicado 43356, retomada en la SP168-2016 de 24

de febrero siguiente, radicado 45736 y SP7100-2016 de 1º de junio del mismo año, radicado 46101, entre otras, sostuvo:

«En el caso de los preacuerdos, donde la Fiscalía varía, por ejemplo, el tipo de participación o excluye una causal de agravación punitiva, el acta respectiva constituye la acusación y la consonancia se ha de predicar entre dicho acto y la sentencia. Entonces, la conducta que sirve para determinar los requisitos objetivos de los beneficios o subrogados, es la señalada en el acta de preacuerdo y si éste no vulnera garantías fundamentales, es vinculante para el juez, tal como se dijo, por ejemplo, en la SP931-2016, radicado 43356.».

Este argumento también se ha apuntalado en lo normado por el artículo 350.1 de la Ley 906 de 2004 según el cual, el acuerdo obtenido debe tenerse como escrito de acusación, y el deber de garantizar el principio congruencia con respecto al mismo. En esta vía de apreciación se ubican, además de las sentencias anteriormente referenciadas, la SP16907-2016 de 23 de noviembre de 2016, radicado 46684; la SP18912-2017, de 15 de noviembre de 2017, rad. 46930:

«De modo que frente a la Ley 906 de 2004, y “en lo que toca con la manifestación de culpabilidad preacordada bajo una tipificación más favorable, el concepto «conducta punible”, para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, es la pactada en el preacuerdo».

Y en un caso similar al ahora analizado, en que el procesado pactó a cambio de su aceptación de responsabilidad la degradación de la forma de participación de autor a cómplice, la SP18912-2017, radicado 46930, sostuvo, que:

«En casos como el presente, esto es, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la

forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, “examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice”, según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736, cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes».

Con igual sentido, la SP486-2018 de 28 de febrero de 2018, Rad. 50000, reiteró que el examen para definir la calificación jurídica base de los sustitutos y subrogados penales, debía agotarse a partir de las cláusulas del preacuerdo, razonamiento reproducido en la SP4439-2018, de 10 de octubre de 2018, radicado 52373, en la que indicó:

«En este orden de ideas, concluye la Corte que siguiendo las cláusulas del pacto celebrado entre acusada y Fiscalía, es la tipicidad producto del acuerdo la que fija el parámetro para el estudio de los mecanismos que rigen las diferentes formas de ejecución de la pena de prisión.».

2. Estudio del factor objetivo para la concesión de beneficios y subrogados con base en el delito cometido

Contra la doctrina jurisprudencial anteriormente relacionada, se ha venido presentando una orientación contra mayoritaria expresada a partir de los salvamentos de voto a las SP17024 de 23 de noviembre de 2016, Rad. 44562 y AP465-2017 de 31 de enero de 2017, Rad. 49411 -entre otras-, que basados en razonamientos de índole Superior, apoyados en las sentencias C-1260 de 2005, C-457 de 2006, C-209 de 2007 de la Corte Constitucional y en el análisis teleológico de los preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado,

propugna porque, cuando se trate de las modalidades de consenso previstas en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, la determinación del factor objetivo para la concesión de beneficios y subrogados penales se aprecien de conformidad con la conducta punible imputada -la realmente cometida-, y no con base en la acordada por las partes.

Esta posición basa su raciocinio en la afectación de diversas garantías de orden constitucional, y contra argumenta los argumentos de la línea mayoritaria de la siguiente manera:

En primer lugar, es preciso garantizar el derecho constitucional de las víctimas a la tutela judicial efectiva y sus derechos fundamentales a la verdad y a la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el punible realizado. Debido a que este imperativo constitucional se halla inescindiblemente vinculado con la responsabilidad penal declarada y no con la pena impuesta -artículo 2341 del Código Civil-, es preciso que en los preacuerdos se fije el compromiso del imputado de acuerdo con el delito cometido y habilite tan solo la modificación de la pena.

Idéntico razonamiento dedujo con relación a los derechos a la verdad y a la justicia de la víctima, toda vez que se verían afectados si se declarara la responsabilidad penal por un delito de menor entidad al realmente cometido.

En segundo lugar, la reflexión apunta a la materialización de los fines normativamente previstos para los preacuerdos y la prohibición de autorizar aquellos que afecten garantías, disertación derivada del condicionamiento de eficacia impuesto por el legislador a la sujeción a reglas tales como el reintegro del 50% del valor del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo con el delito y el aseguramiento del recaudo del remanente -canon 349 de la Ley 906 de 2004-; la prohibición de desprestigiar la administración de justicia - artículo 348.2 *ibidem*- y; la ausencia de validez legal del pacto cuando desconozca o quebrante garantías fundamentales - precepto 351.4 *ejusdem*-.

En tercer lugar, articula una interpretación sistemática en torno a la igualdad de trato jurídico, apreciando que para las modalidades de preacuerdo simple o degradado, el legislador dispuso la condena por el delito imputado, y no existe razón para variar tal regla y optar por la declaración de responsabilidad según el ilícito acordado, con la consiguiente afectación de garantías fundamentales a la víctima.

En cuarto lugar, valora la vulneración del derecho al debido proceso generada cuando se declara la responsabilidad por una conducta no cometida, lo cual, de contera, repercute negativamente en: (i) la prescripción de la acción penal; (ii) el principio de legalidad; (iii) la evasión de mandatos constitucionales o legales tales como el desconocimiento de las sanciones prevista a perpetuidad -inhabilitación de derechos y funciones públicas- y la prohibición de beneficios o sustitutos

penales generada al readecuar su estudio a tipicidades acordadas que los admitan cuando la ley expresamente lo prohíbe por el punible imputado (Ley 1474 de 2011); (iv) realizar pactos por delitos en la modalidad continuada que conducen a la declaración de cosa juzgada frente a otras investigaciones adelantadas por separado; (v) promover, sin base fáctica plausible, la extinción de la acción penal por desistimiento, caducidad de la querrela o indemnización integral de perjuicios, al transformar en querellable conductas degradadas o readecuadas en su tipicidad y; (vi) basar el requisito objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria en la pena prevista para el delito acordado, y no en el ontológicamente cometido.

En quinto lugar, refiere la naturaleza del beneficio asignado por la ley a los preacuerdos, toda vez que la intención del legislador fue la de otorgar una rebaja de pena como contraprestación a la aceptación de responsabilidad en el delito cometido, y no la modificación de la responsabilidad penal en el desplegado, lo cual se deduce de los términos empleados por los preceptos 352 y 353 del Código de Procedimiento Penal, vale decir, «*con miras a disminuir la pena*», «*pena menor*», «*cambio favorable con relación a la pena*», «*la única rebaja compensatoria por el acuerdo*», «*la pena imponible se reducirá*», «*los beneficios de punibilidad*».

En sexto lugar, arguye la obligación de observar el principio de legalidad en la negociación del acuerdo, lo cual implica obrar conforme con los hechos del proceso, absteniéndose de

seleccionar libremente los delitos comprometidos en la celebración del consenso, pues el margen de discrecionalidad del Fiscal se halla limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, respaldadas con un mínimo probatorio que permita inferir la responsabilidad del imputado en la conducta y su tipicidad. En otros términos, «*como fruto del preacuerdo no se produce un cambio en la naturaleza de las cosas*»².

En séptimo lugar, advierte que en los supuestos de acuerdos modificatorios de la estructura de la conducta punible - numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004-, la responsabilidad penal no puede trasladarse a un escenario normativo irreal, por cuanto este se construye sobre la admisión de la responsabilidad penal por el delito que se adecúa a la estricta legalidad de la facticidad imputada, y la disertación judicial implícita en la sentencia no puede versar sobre una conducta inexistente³.

En octavo lugar, estima que el principio *pro homine* no reviste una naturaleza absoluta y no tolera interpretaciones que favorezcan a una de las partes del proceso penal con sacrificio de derechos y garantías de otros intervinientes; así, bajo su derrotero, se halla vedado realizar interpretaciones benéficas al procesado pero limitadoras de los derechos que objetiva y justamente le corresponden a la víctima o viceversa⁴.

² Cfr. Salvamento de voto a la SP17024 de 23 de noviembre de 2016, radicado 44562.

³ Cfr. *Ibidem*.

⁴ Cfr. Salvamento de voto al AP465-2017 de 31 de enero de 2017, radicado 49411.

Con ocasión del precedente vertical constitucional generado con la sentencia SU479 de 2019, mediante la cual la guardianiana de la Constitución ratificó y amplió su doctrina contenida en la decisión C-1260 de 2005, la Sala, en la SP2073-2020 de 24 de junio de 2020, radicado 52227, hizo énfasis en los problemas igualdad de trato, seguridad jurídica y la posibilidad de eludir mediante dicho mecanismo transaccional prohibiciones legales en supuestos de discrecionalidad desmedida del Fiscal a cargo.

Igualmente reiteró los indeseables debates a cerca de la procedencia de subrogados penales, especialmente, cuando la variación en la calificación jurídica con ocasión del preacuerdo permite obviar las restricciones que el delito realmente cometido apareja y, en lo que interesa a la solución del presente asunto, sostuvo lo siguiente:

Primero, en virtud de los principio de legalidad y la garantía de los derechos de las víctimas, el Fiscal no puede acordar una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes; su labor es de adecuación típica y si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación degradada, debe actuar con base en los fundamentos fácticos y probatorios del caso.

Segundo, tratándose de preacuerdos consistentes en cambios de calificación jurídica sin base fáctica aplicables al caso con el único propósito de establecer el monto del

beneficio otorgado en virtud del consenso -como ocurre en el presente asunto- *«la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja»*, de manera que el Fiscal no puede patrocinar descuentos punitivos desproporcionados; por el contrario, debe preservar los derechos de las víctimas y precisar con claridad si el beneficio concedido al procesado se extiende a los subrogados penales.

Tercero, cuando se opta por un preacuerdo que conlleve al cambio de las premisas fácticas y jurídicas, el Fiscal tiene el deber de precisar si dicha variación corresponde a un beneficio o al hecho de ajustar el caso al ordenamiento jurídico.

Esta nueva doctrina de desarrollo constitucional implicó un cambio en la manera de concebir los preacuerdos, pues la facticidad real del caso cobró preponderancia en la determinación de todas las variables implícitas en la celebración de negociaciones entre las partes, debido a la afectación de derechos y garantías de raigambre Superior que podrían producirse si se desconocieran los hechos realmente ocurridos.

Seguidamente, mediante la SP4225-2020 de 21 de octubre de 2020, radicado 51478, la Sala resolvió un asunto similar al que hoy se le plantea. Luego de verificar que la responsabilidad penal fue declarada conforme a los hechos

del caso y la ausencia de consenso sobre subrogados o beneficios, reconstruyó los argumentos de orden Superior que en el asunto puesto a su consideración le permitieron al Tribunal de origen apartarse de la doctrina mayoritaria de la Sala y alinderarse a la disidente expresada en el salvamento de voto a la AP465-2017 de 31 de enero de 2017, Rad. 49411, avalando su determinación por considerar que se hallaba justificada constitucionalmente.

(ii) El valor vinculante del precedente judicial de los órganos de cierre jurisdiccional y la posibilidad de apartamiento

Como lo he anunciado, pienso que la Corte debió referirse a la fuerza vinculante de sus precedentes, pues el Tribunal decidió alejarse del mismo, y si bien en el presente asunto, el análisis del factor subjetivo conduce a negar la concesión del subrogado penal, me resulta importante aclarar que la posibilidad de los administradores de justicia de separarse del precedente de la Corte debe estar constitucionalmente justificada, pues, en caso contrario, se produciría un cercenamiento a los principios de seguridad jurídica judicial y confianza legítima en la administración de justicia, y a los derechos fundamentales a la igualdad de trato jurídico y al debido proceso que debe la Sala hacer preservar.

Al respecto, la Corte Constitucional ha definido el precedente jurisprudencial⁵ como la sentencia o conjunto de sentencias

⁵ Cfr. SUCC. SU053 de 2015.

anteriores al caso en estudio, que por su pertinencia y semejanza con los problemas jurídicamente resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades al momento de emitir un fallo.

Igualmente, ha establecido una serie de criterios para determinar cuándo una sentencia, o un conjunto de estas, constituye precedente del caso, a saber⁶: (i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al asunto por resolver; (ii) que la *ratio decidendi* resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo trámite y; (iii) que los hechos del proceso sean equiparables con los anteriores.

El máximo Tribunal Constitucional ha insistido en que el respeto al precedente jurisprudencial se fundamenta en el deber de las autoridades judiciales de consolidar los principios de *seguridad jurídica desde su perspectiva judicial*, de *confianza legítima en la administración de justicia*, y de *unidad del ordenamiento jurídico*, en virtud de los cuales se les exige a los jueces sujetarse a sus propias decisiones y a las que profieran sus superiores funcionales, con el fin de mantener la *coherencia de los fallos*, el derecho a la *igualdad de trato jurídico* en situaciones de hecho equivalentes a menos que tengan alguna justificación objetiva y razonable para tratarlas de manera distinta, *el debido proceso* y el *principio de buena fe*.

6 Cfr. *Idem*, que reitera la sentencia de tutela T-292 de 2006, en idéntico sentido, T-093 de 2019.

Con relación al principio de seguridad judicial, ha dicho la Corte Constitucional⁷:

*«La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con **el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente.** Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. **La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones.** Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.»* (Resaltado fuera de texto original).

Respecto del principio de confianza legítima en la administración de justicia, la jurisprudencia constitucional ha señalado⁸:

*«En últimas, de lo que se trata es de que las autoridades judiciales estén dispuestas a **“adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos supuestos de hechos y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos”**»*. (Destacado adicionado).

Y frente al principio de unidad del ordenamiento jurídico expuso que lo pretendido es⁹:

⁷ Cfr. SCC. C-836 de 2001.

⁸ Cfr. SCC. T-468 de 2003.

⁹ Cfr. SCC C252 de 2001, reiterada en la sentencia T-569 de 2001.

*«Dotar al ordenamiento jurídico de una **coherencia interna** que permita crear **derroteros claros de acción judicial**, materializados en la efectiva garantía de los derechos consagrados en la Constitución y la ley.»*. (Destacado fuera de texto original).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha vinculado el derecho a la igualdad de trato jurídico con el principio de confianza legítima en la administración de justicia¹⁰:

*«**La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal**, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como **derecho fundamental de las personas**. Este derecho comprende **dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades**. Sin embargo, **estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial**, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas **supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley**.»*. (Negritas adicionadas).

Con relación a la fuerza vinculante que tiene para los jueces la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, el Máximo Tribunal de lo Constitucional, al examinar la exequibilidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, según el cual *«tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituye doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, señaló¹¹:*

*«El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en **el***

¹⁰ Cfr. SCC. C-836 de 2001.

¹¹ SCC. C-886 de 2011

derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se fundamenten en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley -entendida esta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad -como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga principalmente a los jueces.

...

En efecto, corresponde a los jueces, y particularmente a la Corte Suprema, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico. En esa medida, la labor creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento.» (Destacado fuera de texto original).

Y, en posterior oportunidad, con el mismo sentido, la guardianiana de la Constitución razonó¹²:

«La **fuerza normativa** de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene: (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de **unificar la jurisprudencia ordinaria**; (2) de la obligación de los jueces de **materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades**; (3) del **principio de la buena fe**, entendida como **confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado**; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la

¹² Cfr. *Idem*.

*realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repete **probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.***».
(Destacados dentro y fuera de texto original).

Así las cosas, la efectividad tanto del principio de confianza legítima como su colateral de igualdad de trato jurídico, se materializan en la imposibilidad de que un órgano judicial altere, frente a los mismos supuestos de hecho, el sentido de sus decisiones anteriores¹³.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional ha insistido en que el respeto al precedente no comporta una naturaleza absoluta. Repárese¹⁴:

*«El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, **también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso.** Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. **Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las***

¹³ Cfr. SCC. T-571 de 2007 y T-161 de 2010.

¹⁴ Cfr. SCC. SU-047 de 1999.

normas a las situaciones nuevas.». (Negritas fuera de texto original).

Por ello, a fin de dar cumplimiento a las prerrogativas asociadas a los principios constitucionales de seguridad judicial y confianza legítima en la administración de justicia, y los colindantes de buena fe, debido proceso y coherencia del sistema judicial, en los supuestos en que el juzgador se aparta del precedente jurisprudencial, debe mediar una exposición debidamente desarrollada y razonada, de los motivos que lo llevan a variar su entendimiento de las normas jurídicas interpretadas, vale decir, exponer una motivación suficiente¹⁵ del nuevo enfoque adoptado de manera general, pues en caso contrario, la providencia adolecerá de un defecto sustantivo amparable por la vía de la tutela¹⁶:

*«(...) una providencia judicial adolece de un **defecto sustantivo** cuando la autoridad jurisdiccional **(i)** aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de la razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; **(ii)** aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; **(iii)** a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; **(iv) se aparta del precedente judicial -horizontal o vertical- sin justificación suficiente;** o **(v)** se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución.».* (Negrillas fuera del texto original).

¹⁵ Cfr. SCC. T-319A de 2012, T-012 de 2016.

¹⁶ Cfr. STCC. C-1439 de 2000, T-082 de 2002 y T-360 de 2014.

De manera que el desconocimiento del precedente se configura, cuando un juez rehúsa las reglas jurisprudenciales fijadas por un órgano de cierre sin justificar con suficiencia las razones por las cuales se aparta de dicha regla¹⁷.

Como resultado de lo anterior, es jurídicamente posible que los jueces se separen del precedente jurisprudencial, siempre y cuando satisfagan las cargas argumentativas justificativas de su disidencia. Lo anterior, debido al margen de discrecionalidad con que cuentan para proferir sus decisiones en virtud del principio de autonomía judicial¹⁸ que también goza de carácter constitucional -artículos 220 y 230- razón por la cual, a fin de constatar que el apartamiento del precedente no se produjo de manera arbitraria, resulta necesario examinar si el fallador cumplió con la obligación expositiva.

Profundizando en su razonamiento, la Corte Constitucional ha sostenido que para alejarse de la doctrina probable de manera ajustada a derecho, el juez se halla compelido a exponer de forma clara y razonada los fundamentos jurídicos

¹⁷ Cfr. SCC. T-012 de 2016.

¹⁸ *«Tales axiomas de carácter superior garantizan a los Jueces de la República actuar sin consideración a indebidas injerencias provenientes de otros órganos del poder público e incluso de la propia Rama Judicial, en forma que sólo quedan sometidos al imperio de la Constitución y la ley, con lo cual se busca que sus decisiones sean producto de la aplicación libre e imparcial del ordenamiento jurídico y del análisis reflexivo de las pruebas con las cuales se soportan las mismas, tal como se precisó en la sentencia C-417 de 1993, en la que se dijo:*

“Es necesario advertir, por otra parte, que la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es, el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno”.

que justifican su decisión, señalando el proceso argumentativo que debe emplear para ello así¹⁹:

*«una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial **sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento**, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) **desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.** De este modo, **la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.**».* (Destacado fuera de texto original).

De manera que el desconocimiento del precedente de la Sala sin una justificación razonable enmarcada en un proceso de contra argumentación con el razonamiento implícito en la línea jurisprudencial de la Corte, constituye, al mismo tiempo, la configuración de una vulneración a los principios de seguridad jurídica judicial y confianza legítima en la administración de justicia, y a los derechos fundamentales a la igualdad de trato jurídico y al debido proceso.

Desde mi perspectiva, la argumentación del Tribunal no satisfizo las exigencias fijadas por la Corte Constitucional a fin de distanciarse de la doctrina probable del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En efecto, según el Tribunal, esa Sala de Decisión *«venía sosteniendo la tesis que le sirve a la defensora de sustento para censurar*

19 SCC. C-621 de 2015.

la decisión emitida en primera instancia»²⁰ y sin indicar en qué se fundamentaba y por qué pese a ser favorable al procesado en el caso concreto que decidía no aplicaba, aludió que recientemente la había revisado y mayoritariamente decidió recogerla, procediendo a transcribir un fragmento de la decisión de dicho Tribunal de radicado 2015-0045 de 13 de septiembre de 2018, el cual se restringe a afirmar que las razones vertidas en el salvamento de voto a la SP7100-2016 de 1º de junio de 2016, radicado 46101 de 2016 terminaron por convencerlos²¹.

Igualmente se refirió a la afectación a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, bajo la consideración de que no bastaba con citarlas al proceso para garantizarlos; la generación de impunidad e injusticia al soslayar sanciones previstas a perpetuidad; la prohibición de beneficios o sustitutos; la vulneración al debido proceso cuando se declara responsable a una persona por un ilícito que no cometió, que como se advirtió, no fue el caso en este asunto.

El Tribunal en ningún momento dirigió su argumentación a desvelar por qué razón, en el preciso caso que resolvía, resultaban importantes las anteriores elucubraciones, considerando que en su trámite no se acreditaron víctimas, la condena se produjo por el delito efectivamente cometido, para el punible no se contemplaban sanciones perpetuas, ni

20 Cfr. Folio 110 *ibidem*.

21 Cfr. *Idem*.

se encuentra relacionado entre aquellos que tienen prohibida la concesión de beneficios o sustitutos penales. En otras palabras, mencionó unos argumentos que no le eran aplicables al caso y que tampoco desarrolló.

A lo anterior, el Juez de primer grado agregó la referencia de algunos radicados del Tribunal²², sus ponentes y disidentes, donde acogió la idea que el delito a considerar a fin de definir la concesión de los subrogados es el materialmente acaecido²³, anteponiendo con ello el precedente horizontal al vertical del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Del mismo modo, mencionó los derechos a los que «*se hace alusión allí*»²⁴, sin precisarle a las partes su exacto contenido, y consideró que la decisión debe adoptarse siguiendo no solamente los límites de la jurisprudencia del Tribunal de Distrito, que por lo demás no constituye precedente vertical, sino de la sentencia C-1260 de 2005, «*donde reseña que el instituto de los preacuerdos debe estar regulado por las prerrogativas de legalidad y tipicidad plena, entendiéndose por ello que debe existir un acoplamiento o adecuación jurídica al aspecto fáctico frente a lo realmente sucedido conforme lo probado y no bajo ficciones no demostradas dentro del paginario*»²⁵, aspecto que debió explicar frente al caso que decidía, informándole a los intervinientes las razones por las cuales no conculcaba los principios de coherencia del ordenamiento jurídico, seguridad jurídica y

²² Al efecto se refirió a los radicados 2015 28531 de 5 de septiembre de 2016; 2016 00378 de 15 de septiembre de 2016; 2014 28213 de 25 de octubre de 2016, 2015 59468 de 10 de agosto de 2016; 2015 62643 de 23 de marzo de 2018 y 2017 07495 de 17 de agosto de 2018.

²³ Cfr. Folio 110 del c. del proceso.

²⁴ Cfr. *Idem*.

²⁵ Cfr. Folio 81 *ibidem*.

confianza legítima en la administración de justicia del ciudadano que, amparado en el precedente jurisprudencial de la Corte vigente al momento de realizar el consenso con la fiscalía, había optado por renuncia a su derecho a ser oído y vencido en un juicio con todas las garantías.

El Tribunal tampoco le indicó al procesado y a sus defensores las razones por las cuales tener por demostrada la complicidad configuraba una discordancia con la tipicidad plena y el principio de estricta legalidad, máxime cuando esta había sido utilizada tan solo para efectos de tasar la pena y la ley admite que pueda ser articulada para la definición de los subrogados penales si así se acuerda. Este deber argumentativo cobraba gran importancia debido a que los juzgadores en su decisión se distanciaban de la línea de la Sala que así lo permitía aunque el acuerdo no lo especificara.

La argumentación de respaldo a la objeción presentada por el Tribunal al precedente de esta Sala no satisface las exigencias de argumentación y justificación que debe cumplir a fin de desconocer la línea jurisprudencial de esta Corte vigente en el momento de emitir su pronunciamiento y que fue previamente sintetizada.

Como se advierte en el resumen de las consideraciones de los jueces de instancia, aunque el *a quo* aludió, a la regla jurisprudencial de la Sala de Casación -el *ad quem* ni siquiera se refirió a ello-, ninguno identificó, citó o desarrolló las decisiones de la Corte por medio de las cuales adoptó el

criterio jurisprudencial vigente en ese momento y que podían ser relevantes para la solución del caso actual.

Se conformó tan solo con aducir que los fundamentos del salvamento de voto a la SP7100-2016 de 1º de junio de 2016, radicado 46101 de 2016 los había convencido, mas no indicó por qué, ni los razonamientos incorporados en el mismo que solo relacionó. Tampoco hizo alusión a los argumentos expuestos por la Sala en dicha decisión para fundamentar su postura mayoritaria, desconociendo con ello la disciplina del precedente.

En Tribunal, se limitó a citar una decisión de la Corte, sin referirse a su contenido sino a su voto disidente, remitiendo tácitamente a los interesados a examinar por su cuenta su contenido, violando sin excusa, su obligación de identificar los precedentes destacados, vale decir, las fuentes de derecho relevantes para la solución del caso concreto y, seguidamente, asumir las cargas argumentativas concretas que justificaban el trato diferenciado legítimo.

La omisión de este deber argumentativo repercutió gravemente en la garantía de los derechos del procesado, por cuanto en nuestro sistema jurídico el precedente constituye fuente de derecho, que en virtud de los principios de seguridad e igualdad de trato jurídico los obligaba a reconocer, a fin de justificar adecuadamente la decisión de alejarse de estos, más aún cuando la doctrina probable de la Corte le era favorable al procesado.

Asimismo, el *ad quem* omitió mostrar cómo el caso analizado, era jurídicamente similar a los previamente fallados por la Corte, aspecto relevante en el proceso argumentativo disidente, pues este ejercicio permitiría identificar las particularidades del asunto que en su oportunidad no fueron consideradas por el órgano de cierre en su construcción jurisprudencial impidiéndole igualarlos, lo cual justificaría el desvío de la línea doctrinaria de la Corte, pues al fin de cuentas, de lo que se trataba era de dar un trato diferente y peyorativo a un caso semejante a los resueltos por la Corte mediante una doctrina jurisprudencial que le favorecía al acusado.

El juez de segundo nivel también obvió exponer las razones por las cuales la orientación separatista era mejor, y argumentar de qué manera esa propuesta justificaba una intervención negativa a los principios de confianza legítima en la administración de justicia, seguridad jurídica judicial, igualdad de trato jurídico, buena fe y coherencia del sistema, por parte de quien se espera emita una decisión ajustada a los lineamientos jurisprudenciales favorables previos y vigentes para ese instante.

Evidentemente, las decisiones de los falladores no abordaron en momento alguno las razones de la Sala de Casación Penal que respaldaban su postura vigente, y mucho menos emprendió un ejercicio de contra argumentación a esta, que no puede darse por superado con ocasión del giro en la línea

jurisprudencial que se produjo con posterioridad, debido a las implicaciones que en términos de favorabilidad generaba para los derechos del procesado.

Y es que aún sin la existencia del salvamento de voto, el Tribunal hubiese podido separarse de la postura de la Corte, siempre y cuando le presentara a los ciudadanos interesados en la *litis* concreta, una argumentación clara, fundamentada y aplicada al caso particular de las razones que acompañaban su perspectiva. Dicho en otras palabras, no cumplió con la carga fuerte de argumentación que implicaba exponer razones poderosas de índole Superior, no transcripciones del precedente horizontal o del salvamento de voto, aisladas del caso discutido

Inadvirtió el Tribunal, que esta Sala había considerado, de cara a fundamentar su doctrina, la necesidad de preservar tanto garantías fundamentales como la coherencia del sistema jurídico, lo cual se traducía, si de inaplicar la doctrina probable se trataba, cuando menos, en reconocer la existencia de una tensión entre los principios y garantías constitucionales invocados por cada una de las orientaciones, lo cual implicaba realizar un juicio de ponderación a fin de definir para el caso particular cual de estos prevalecía.

No bastaba entonces con referenciar el salvamento de voto a la tesis mayoritaria; era necesario además, desarrollar y no solo mencionar: (i) las razones por las cuales esas

consideraciones prevalecían desde el punto de vista constitucional y legal a las ofrecidas en la postura mayoritaria vigente de esta Sala de Casación en la que se amparaba la defensa; (ii) por qué la postura disidente no se apartaba del ordenamiento jurídico; (iii) por qué era más compatible con la Constitución y la ley que la tesis sostenida entonces por la Corte; (iv) por qué su hermenéutica era conforme con las bases constitucionales del sistema procesal penal; (v) por qué no resultaba más perjudicial para los intereses del procesado; (vi) por qué su argumentación era consistente con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial penal y; (vii) por qué la línea de la Corte de entonces era inadecuada al orden normativo considerado en su conjunto, exponiendo con especial ahínco los motivos constitucionales que sugerían abandonarlo.

Por supuesto que para ello el Tribunal debía fijar el contenido y el alcance de las normas constitucionales y legales que fundamentaban su disidencia, cotejarlas con las vigentes de la Sala y presentar la consiguiente motivación a los interesados en el asunto. Considérese que el tratamiento dado al procesado resultaba diferente en relación con el aplicado por la Corte, y esa diferenciación, por lo demás perjudicial a sus intereses jurídicos, exigía una carga argumentativa superior como presupuesto de justicia de la decisión judicial.

Y es que, a fin justificar el apartamiento del precedente del máximo órgano de la justicia ordinaria, nada puede darse por

supuesto, obvio, superado, sentado, o ya argumentado. Así lo impide la individualidad de cada caso, en el que los ciudadanos involucrados esperan una respuesta particular a sus intereses, lo cual no se satisface haciendo alusiones jurisprudenciales, ni citando números de radicados de otros procesos o decisiones, nombres de ponentes o mencionando los derechos que se dicen proteger, sino explicitando las razones del por qué en su caso concreto se decide de esa manera.

No basta una argumentación basada en remisiones implícitas a otros casos para desconocer el precedente vertical en favor del horizontal; los razonamientos inmersos en la decisión que rehúsa la aplicación del precedente deben bastarse así mismos como presupuesto de respeto al principio de razón suficiente de los fallos judiciales.

Así, para satisfacer el derecho al acceso a la administración de justicia, era perentorio resolver la tensión hermenéutica que el caso particular suscitaba por medio de un sustrato interpretativo que ofreciera mejores razones en la solución del problema jurídico planteado, y no limitarse a una argumentación incidental restringida a mencionar las contenidas en otras decisiones adoptadas por el Tribunal, que hacían eco de un razonamiento que tampoco se desarrolló íntegramente.

El deber de argumentar de manera clara y rigurosa, exponiendo de manera exhaustiva y para el caso concreto,

cuáles son sus mejores y más razonables consideraciones que las hasta ese momento formuladas por la Sala para la solución del mismo problema jurídico no se satisface remitiéndose al precedente horizontal en demérito del vertical que ostenta mayor jerarquía funcional, mucho más cuando en este caso proviene del órgano límite que sostenía una regla jurisprudencial a fin de unificar la jurisprudencia en su jurisdicción.

Debido a que desde mi perspectiva el Tribunal incumplió las anteriores exigencias, considero necesario evidenciar el error, aún cuando el subrogado penal solicitado no procediera por incumplir con el requisito subjetivo, dada la importancia que ello reviste para la seguridad jurídica judicial, la confianza legítima en la administración de justicia y los derechos fundamentales a la igualdad de trato jurídico y debido proceso, así lo demandan.

Atentamente,



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

Fecha ut supra.

Aclaración de voto
CIU 05360609905720180030801
Casación 54535
Mauricio Antonio Ortiz

Sala Casación Penal 2021