

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – Aplicación de reglas jurisprudenciales que deben marcar las exigencias, controles y consecuencias.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA-TIPOS: Preacuerdos con o sin base factual.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – DEBERES DE LA FISCALÍA: Determinar con total claridad si la variación tiene o no base factual de fundamento, para poder derivar las consecuencias jurídicas.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – DEBERES DE LA JUDICATURA: Requerir de las partes que esclarezcan el sentido y el alcance de los términos del preacuerdo cuando este adolezca de alguna imprecisión y ambigüedad.

(...) a raíz de la emisión de las sentencias que pueden calificarse como hitos, proferidas por la Corte Suprema de Justicia dentro de los radicados 52.227 del 24 de junio de 2020 y 54.039 del 19 de agosto de 2020, y también la SU-479 de 2019, emanada por la Corte Constitucional, el tema de los acuerdos y negociaciones ha adquirido una fisonomía renovada. De acuerdo con tales precedentes, sobre todo con los dos primeros, entre los distintos grupos de preacuerdos existentes están aquellos que de una u otra forma conllevan el cambio de calificación jurídica. Estos a su turno pueden ramificarse en dos tipos: aquellos que cuentan con base fáctica y los que no. (...)

(...) la fiscalía tiene un deber primordial e insoslayable: le corresponde a la hora de exponer el preacuerdo postular sus términos con tal claridad que no quepa resquicio de duda del sentido y querer de las partes, (...) debe estar en la capacidad de explicar (...) si la atribución jurídica consignada obedece a ajustes a la legalidad o si en realidad de verdad ello hace parte meramente de la contraprestación que a título de beneficio se le otorga al procesado por aceptar su responsabilidad. (...)

(...) al juez de conocimiento también le incumbe una serie de deberes en la materia que se condensan en el despliegue de sendas labores de direccionamiento oportuno del proceso (...) le corresponde requerir de las partes que esclarezcan el sentido y el alcance de los términos del preacuerdo cuando este adolezca de alguna imprecisión y ambigüedad. (...)

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – VIGENCIA DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: Lo determinante sobre el vigor del precedente es mirar en un caso específico si los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previstos, para que no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales.

(...) la aplicación de un criterio jurisprudencial no tiene como referente la época de los hechos y, en principio, tampoco la data en la que se hubiere producido el acto procesal cuyos efectos sustanciales se persiguen, como respecto de lo primero lo regenta el principio de legalidad. (...) En cambio, en cuanto al precedente *“simplemente éste producirá efectos para el caso que dio lugar a la variación como para los que deban resolverse a partir de ese momento”*. (...)

(...) cuando las altas cortes interpretan de forma novedosa un precepto normativo, no es que el operador esté frente a una nueva ley, sino por lo contrario, se trata de la misma norma vigente para el momento de los hechos, solo que contiene una interpretación corregida, por lo que no hay lugar a hablar de alcances desfavorables de la misma. (...)

(...) sin trasgredir que hay un criterio primigenio y general conforme al cual mayoritariamente se acepta que la favorabilidad como la conocemos en el artículo 29 Superior y 6 de la Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 no aplica para la jurisprudencia, cabría en un caso en específico mirar si los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previstos, para que no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales. (...)

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – PRISIÓN DOMICILIARIA: Requisitos.

PREACUERDO CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – PRISIÓN DOMICILIARIA: En el estudio del requisito objetivo se debe revisar el

quantum punitivo establecido para la conducta penal que fue cometida y admitida y no la que fue objeto del preacuerdo.

PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS: No se configuran.

(...) Si se está en presencia de un pacto sin base factual en el que se aplica una figura normativa para los meros fines de rebajar la punición, la pena mínima legal a que hace referencia la prisión domiciliaria es la que se corresponde con la conducta punible efectivamente cometida y no con la resultante de la ficción jurídica que se conviene en el preacuerdo. (...)

(...) la fiscalía y el procesado suscribieron un preacuerdo sin base factual, conforme al cual se aplicó para simples fines de rebajar la pena imponible la figura de la ira. (...) a fin de revisar si el acusado cumple con el primer requisito de la prisión domiciliaria, habrá de verse la pena mínima legal prevista para el delito de homicidio simple y no la pena menguada con la figura de la ira (...)

En tal medida, el artículo 103 del Código Penal castiga el homicidio simple en su extremo mínimo con 208 meses privativos de la libertad, lo cual es superior a los 8 años de prisión de que trata el artículo 38B numeral 1º de dicho estatuto. Esto trae como consecuencia que no se cumpla con el primer presupuesto de necesaria satisfacción para la concesión de la prisión domiciliaria.

A tal conclusión se arriba tras reconocer la regencia, en este caso, de los cambios jurisprudenciales referenciados arriba y de su impacto a la hora de sopesar si se cumple o no el requisito temporal de la prisión domiciliaria. Esto es así porque, aunque los hechos delictivos sucedieron el 17 de mayo de 2020, antes de que emergieran los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los radicados 52.227 y 54.039, ya se vio que la data de acontecimiento de la conducta punible no es el parámetro para determinar el vigor y aplicación del precedente jurisprudencial. Igualmente, el preacuerdo suscrito fue presentado en noviembre de 2020, ya cuando tales providencias habían aparecido, por lo que debe entenderse que, siendo conocidos los términos de las decisiones de la alta Corporación, las partes actuaron con la consciencia de la existencia de esos nuevos parámetros; no en vano cuando el fiscal hizo exposición del preacuerdo se refirió con claridad a la diferenciación entre preacuerdo con base factual y sin ella, de ahí que deban plegarse a sus términos.

(...) no se ha probado ni puede colegirse válidamente que la elaboración del preacuerdo y el ánimo de presentarlo ante el Juez de conocimiento fueren actos que se hubiesen hecho bajo la convicción y confianza legítima de estar amparados por los criterios jurisprudenciales anteriores, como para que ahora pueda discernirse que si el caso queda cobijado por el cambio jurisprudencial se quebranten derechos fundamentales del procesado.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación sentencia con preacuerdo
Delito	:	Homicidio simple
Condenado	:	CAPO
Radicación	:	521106000507202000048-01 NI.33936
Aprobación	:	Acta N° 2022-090 (7 de junio de 2022)

San Juan de Pasto, nueve de junio de dos mil veintidós

1. Vistos

La Sala resuelve la apelación formulada por la defensa del señor CAPO en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto el 10 de diciembre de 2021, mediante la cual condenó a dicho ciudadano a 84 meses de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas como autor del delito de homicidio simple, esto, tras la suscripción de un preacuerdo.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Según lo relatado en el escrito de acusación, el día 17 de mayo de 2020 aproximadamente a las 11:20 de la noche en la vereda El 50 de Buesaco, el señor CAPO se encontraba en una reunión departiendo y consumiendo alcohol con unos amigos y familiares, entre ellos, el señor WHPB. Entre los ciudadanos nombrados, en medio de la ebriedad, se gestó una discusión iniciada por el señor PB, la que luego derivó en agresiones físicas, particularmente que el primero en mención le asestó al segundo citado una puñalada que le causó una grave herida que hizo que se desplomara al instante. Ante ello, el señor PO intentó trasladar al herido a bordo de una motocicleta al centro de salud de Buesaco, no obstante, dado el grado de alicoramiento no pudo continuar la marcha y ambos cayeron, siendo auxiliados por los que se desplazaban en un vehículo particular, quienes finalmente los transportaron al establecimiento médico, empero, al arribar allí la víctima ya no tenía signos vitales. Ante esos sucesos, el señor PO se acercó de manera voluntaria a la estación de policía manifestando que era el directo responsable del homicidio.

3. Resumen de la actuación surtida

Por tales hechos, el 19 de junio de 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Buesaco se celebraron las audiencias preliminares de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En ellas el instructor le atribuyó al indiciado ser autor del delito de homicidio simple (cargos no aceptados), además que se impusieron medidas de aseguramiento no privativas de la libertad contenidas en los numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 306 de la Ley 906 de 2004.

Luego, la fiscalía radicó escrito de acusación por igual componente fáctico y jurídico, empero, antes de celebrarse la audiencia de formulación respectiva, las partes procesales presentaron un preacuerdo, en virtud del cual, a cambio de la admisión de dichos cargos, el persecutor reconoció la rebaja punitiva de la figura de la ira, ello, sin base factual, y fijó la pena en 84 meses de prisión. El 13 de noviembre de 2020 el Juzgado Quinto Penal aprobó dicho convenio. El 18 de agosto de 2021 se celebró audiencia de individualización de pena. La audiencia de lectura de sentencia tuvo lugar el 10 de diciembre de 2021.

4. La decisión apelada

Después de relacionar los hechos, los acontecimientos procesales, los términos del preacuerdo, de encontrar que estaban acreditadas mínimamente la materialidad del delito y la responsabilidad penal aceptada y de fijar las penas en 84 meses de prisión (al igual que la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas), conforme lo preacordado, la primera instancia se ocupó de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena la negó, dado que la sanción final impuesta supera los 4 años de prisión. Igual suerte corrió el

sustituto de la prisión domiciliaria por ser la pena mínima fijada en la ley penal para el delito de homicidio mayor a 8 años de prisión. En cuanto a esto, añadió que, para dar respuesta a los alegatos de la defensa, siguiendo los lineamientos de los radicados 52227 y 54039 de la Corte Suprema de Justicia, como el preacuerdo era uno sin base factual se debía condenar por el delito realmente cometido, lo que tenía incidencia en el análisis de subrogados y sustitutos penales, siendo por eso que la pena mínima a tener en cuenta era la del homicidio simple, sin contemplación de la reducción punitiva de la ira. Explicó que, aunque el alto tribunal en el radicado 57119 dijo que la jurisprudencia vigente solamente opera a futuro, esto es, a partir de su expedición, en este caso el preacuerdo se celebró con posterioridad a la emisión de los primeros pronunciamientos en cita, por lo que estos sí resultaban aplicables (a pesar de que los hechos eran anteriores a esas providencias), además que el encartado aceptó en su integridad y sin condicionamientos los términos del convenio conforme los cuales la rebaja de pena operaba como una mera contraprestación por la aceptación de cargos, sin base fáctica. Así, que reiteró que el actor no cumple con el requisito objetivo para hacerse a la prisión domiciliaria, por lo que la pena debía cumplirse en establecimiento carcelario.

5. La sustentación del recurso

El defensor del encausado impugnó la negativa de la primera instancia en asentar el sucedáneo de la prisión domiciliaria. Adujo que durante la investigación la defensa recolectó un interrogatorio de su poderdante y algunas entrevistas de las personas que presenciaron los hechos, elementos que coinciden en indicar que el actuar del señor P se dio en un momento de ira y que precisamente estos sirvieron de sustento para la negociación entre el

procesado y la fiscalía, tanto que los términos del preacuerdo se asentaron en el reconocimiento del artículo 57 del Código Penal.

Destacó que la sentencia que negó la prisión domiciliaria partió de esgrimir que el preacuerdo era sin base fáctica, empero, que se puede evidenciar de los EMP, EF y ILO que está demostrado ese mínimo probatorio exigido jurisprudencialmente. Expuso que los cambios jurisprudenciales traídos a colación por la *A quo* son posteriores a los hechos materia de investigación, por ende, no le son aplicables, en tanto que la propia Corte Suprema de Justicia en el radicado 57119 decantó que la jurisprudencia vigente solamente opera a futuro, esto es, a partir de su expedición. Aunó que si bien es cierto que la aprobación de la negociación es posterior, ello se dio así porque el Juzgado no programó la audiencia antes. Entonces, concluyó que se cumplen los requisitos del artículo 38B del Código Penal para la concesión de la prisión domiciliaria, bien que se considere que sí hubo base fáctica en el preacuerdo o por aplicación del principio de favorabilidad de la jurisprudencia.

6. Consideraciones de la Sala

6.1. Competencia

Con arreglo a lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 esta Corporación es competente para desatar el recurso vertical interpuesto por la defensa en contra de la providencia de primer nivel censurada.

6.2. Problemas jurídicos

¿Debe concederse en favor del señor CAPO el sustituto de la prisión domiciliaria previsto en el artículo 38B del Código Penal, particularmente por cumplir el requisito temporal, teniendo en cuenta cuál fue el tipo de preacuerdo por el cual dicho ciudadano a la postre fue condenado? y Anejo a esto ¿las pautas jurisprudenciales que desarrollan el tratamiento que debe darse a los preacuerdos y a sus consecuencias en el proceso, como en materia de la prisión domiciliaria, resultan aplicables a este caso considerando la fecha de los hechos y cuando se suscribió el convenio?

6.3. Las tipologías de preacuerdo

Resulta imperante recordar que a raíz de la emisión de las sentencias que pueden calificarse como hitos, proferidas por la Corte Suprema de Justicia dentro de los radicados 52.227 del 24 de junio de 2020 y 54.039 del 19 de agosto de 2020, y también la SU-479 de 2019, emanada por la Corte Constitucional, el tema de los acuerdos y negociaciones ha adquirido una fisonomía renovada.

De acuerdo con tales precedentes, sobre todo con los dos primeros, entre los distintos grupos de preacuerdos existentes están aquellos que de una u otra forma conllevan el cambio de calificación jurídica. Estos a su turno pueden ramificarse en dos tipos: aquellos que cuentan con base fáctica y los que no. Dicha diferenciación es diametral hacerla, pues de ello dependen las cargas de las partes en la presentación del preacuerdo, particularmente de la fiscalía, los controles o verificaciones que debe hacer el juez de conocimiento y las consecuencias que tales pactos tienen¹.

¹ Este tema ya ha sido abordado por la Sala dentro de los radicados 32164 del 29 de septiembre de 2020 y 26912 del 9 de septiembre de 2020. Magistrado ponente Silvio Castrillón Paz.

Los convenios que pertenecen a la primera categoría son los que obedecen al carácter progresivo de la actuación penal. Como es que el grado de conocimiento de los hechos en las distintas etapas del proceso –y conforme avance- es distinto, es normal que suceda que en la fase investigativa al momento de formular la acusación el fiscal cuente con mayores detalles sobre los hechos. Eso puede implicar eventualmente que deban modificarse dentro de determinados parámetros la calificación jurídica de los mismos, que por lo propio antes es provisional, y también en unas hipótesis excepcionales² los presupuestos fácticos. Ello se da en el marco del principio de progresividad³. Como tales cambios la entidad persecutora puede hacerlos en el marco de los acuerdos y negociaciones, el delegado debe ser muy claro a la hora de indicar que eso opera como un ajuste a la legalidad o si es como un mero beneficio a cambio de la aceptación de responsabilidad penal. A más de eso, esas modificaciones o la introducción de figuras penales que estaban ausentes antes deben tener un asiento probatorio mínimo por aquello de que *“la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*⁴. El cumplimiento de tal reglamento tiene la aptitud de dotar de razonabilidad a esa actividad, de modo que pueda resultar vinculante para la Judicatura.

De otro lado, entre los preacuerdos con cambio de calificación jurídica sin ninguna base factual, hay unos que son inaceptables y otros que potencialmente son admisibles. Los que no pueden ser consentidos bajo ningún punto de vista son en los que la fiscalía hace variaciones a los juicios de imputación o acusación otrora hechos en punto a la atribución jurídica, que

² CSJ SP, 5 Jun. 2019, rad. 51007.

³ CSJ AP, 27 feb. 2019, rad. 53.468.

⁴ Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

no corresponden con los hechos enrostrados en dichos juicios, esto es, opta por una calificación jurídica que no es fiel reflejo de los hechos jurídicamente relevantes y eso lo hace con el propósito soterrado de rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido. La nota diferenciadora en estos es que el ente persecutor pretende la condena por la calificación jurídica retocada, aun cuando no tiene respaldo en la realidad. Tales postulaciones están prohibidas como lo había decantado la Corte Constitucional en sentencia C-1260 de 2005, cuando elevara a rango constitucional el imperativo de que la fiscalía no puede crear tipos penales y que a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Pero hay otros preacuerdos en los que más bien dichos cambios vienen dados como referencia a normas penales no aplicables al caso con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo. En estos se parte por aceptar que no existe base fáctica en el beneficio que se reconoce y que lo querido es exclusivamente y a la larga una aminoración en la cantidad de pena, empero, la pretensión de las partes no es que el juez emita condena por la calificación jurídica que no corresponde a los hechos jurídicamente relevantes. Puede decirse en últimas que al tenor de este tipo de preacuerdos se conviene la aplicación de alguna figura para meros efectos de que se vea expresada en la cantidad de la pena a purgar, pero no para que dicho instituto sea integrado al tipo penal o a la conducta punible, puesto que en el mundo fenomenológico esa figura no tuvo ocurrencia. Siendo eso así, no puede exigirse la presentación de soportes probatorios, ya que la alusión a la norma penal más favorable constituye el beneficio por someterse a la condena anticipada⁵. Con mejores palabras lo tiene dicho la jurisprudencia: "*Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables **al procesado, que no***

⁵ CSJ SP, 19 ago. 2020, rad. 54.039.

corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado⁶.

Para los efectos anteriores la fiscalía tiene un deber primordial e insoslayable: a dicho sujeto procesal le corresponde a la hora de exponer el preacuerdo postular sus términos con tal claridad que no quepa resquicio de duda del sentido y querer de las partes, sobre todo cuando con el consenso se opta de una u otra forma por cambios a la calificación jurídica. Particularmente, el persecutor debe estar en la capacidad de explicar la forma por la que se prefiere la terminación anticipada del proceso, esto es, si la atribución jurídica consignada obedece a ajustes a la legalidad o si en realidad de verdad ello hace parte meramente de la contraprestación que a título de beneficio se le otorga al procesado por aceptar su responsabilidad. Así pues, debe establecerse *“sin equívocos, cuándo una modificación que beneficia al imputado constituye un beneficio o cuándo corresponde a un acto unilateral de corrección de parte del ente acusador”*^{7 8}

A su turno, al juez de conocimiento también le incumbe una serie de deberes en la materia que se condensan en el despliegue de sendas labores de direccionamiento oportuno del proceso, dispuestas en general para encausar por el camino legal la actuación. Así pues, a la Judicatura le corresponde requerir de las partes que esclarezcan el sentido y el alcance de los términos

⁶ CSJ SP, 24 jun. 2020, rad. 52.227.

⁷ CSJ SP, 17 sep. 2019, rad. 53.264.

⁸ *Ibid.*

del preacuerdo cuando este adolezca de alguna imprecisión y ambigüedad. Las actividades de dirección y control son trascendentales, pues a la larga de ello dependerá también la claridad con la que el fallador deberá pronunciarse sobre si acepta o no el preacuerdo.

6.4. Los requisitos de la prisión domiciliaria general

Conforme los artículos 38, 38B y 68A de la Ley 599 de 2000 se podrá consentir la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine siempre que: (i) la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos; (ii) no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A; (iii) la persona no haya sido condenada por delito doloso dentro de los 5 años anteriores; (iv) se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; (v) se garantice mediante caución el cumplimiento de ciertas obligaciones, como no cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial, reparar los daños ocasionados con el delito, comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello y permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión; y, (vi) además deberá considerarse que la persona no haya evadido voluntariamente la acción de la justicia⁹.

Así pues, en el sistema penal son esos los elementos que integran el sustituto deprecado por el recurrente. Estos presupuestos deben ser aplicados por el operador de justicia cuando de resolver una petición de prisión domiciliaria general se trata. Los mismos le resultan vinculantes, obligatorios e irremisibles,

⁹ Sobre este punto ver NI 21612, 26 jul. 2018, Magistrado Ponente José Anibal Camacho Mejía, Sala Penal Tribunal Superior de Pasto.

pues con ellos se desarrolla una máxima del derecho, que a su vez es un principio rector y una garantía del procedimiento, y más allá es un principio fundante de nuestro Estado: la legalidad.

Ahora bien, como la discusión en este caso se centra en el cumplimiento del primer requisito, será menester ahondar en este punto.

6.5. La pena mínima prevista en la ley como primer requisito de la prisión domiciliaria

Para volver a lo tratado en el punto 6.3., el encasillamiento del preacuerdo en las referidas tipologías no es una circunstancia intrascendente, sino que es sumamente importante, porque ello impacta directamente en la valoración de la concesión de la prisión domiciliaria del artículo 38B, en cuanto hace a su primer requisito. Si se está en presencia de un pacto sin base factual en el que se aplica una figura normativa para los meros fines de rebajar la punición, la pena mínima legal a que hace referencia la prisión domiciliaria es la que se corresponde con la conducta punible efectivamente cometida y no con la resultante de la ficción jurídica que se conviene en el preacuerdo. Dicho en otros términos, la pena mínima legal que ha de tenerse en cuenta no es la derivada de los guarismos de pena modificados con la figura consensuada, sino la de los extremos punitivos de los reatos tal como fueron imputados o acusados.

Se dijo que en esta forma de preacuerdos el procesado acepta su responsabilidad penal tal como le fue enrostrada en los juicios de imputación o acusación, pero que, a cambio de esa admisión, como mera contraprestación, la fiscalía le entrega de vuelta una rebaja punitiva y para ello puede valerse de la aplicación de unos institutos que implican la aminoración de los extremos

punitivos, sin que ello signifique que esa figura (como la ira) se encuentre de verdad configurada. Así es que, hay que reiterarlo, la mediación de una institución como esa se hace con el exclusivo efecto de que el procesado reciba una pena menor en comparación a la que le correspondería si no aceptara los cargos. Luego, cuando se ha admitido que es legal la susodicha mengua, la aflicción que le es correlativa será la que habrá de purgar el encausado.

Como es esa la exclusiva finalidad del preacuerdo, cuando el numeral 1° del artículo 38B del Código Penal contempla que *la sentencia se imponga por conducta punible* cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos, pues es palmario que está haciendo referencia al reato por el cual efectivamente se está emitiendo la sentencia condenatoria, que para los convenios sin base fáctica, dígame una vez más, es el reprimido en los términos y condiciones de la imputación o acusación. La lectura diáfana de la normativa en mención impide considerar que la pena mínima legal sea la modificada en sus extremos por la figura optada en el preacuerdo, porque hacerlo significaría aceptar dos consecuencias que no son aceptables.

De un lado, ello traduciría reconocer soterradamente que un individuo que naturalmente participó en la conducta punible a secas sea considerado como que participó bajo el influjo de la ira, lo que constituye una forma de preacuerdo vedada. De otro, hacerlo conllevaría el beneplácito de un doble beneficio, en perjuicio de lo normado en el inciso 2° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Esa prescripción impone que si producto de un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias hubiere un cambio favorable para el procesado en relación a la pena a imponer esta constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Ergo, si además de la aminoración en la pena que ha de pagar el encartado se suma que la prisión domiciliaria es revisada desde los efectos

punitivos de la figura reconocida, veladamente se estaría insinuando un beneficio adicional.

Cierto es que la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal en épocas pasadas prohijaron idea contraria a esta, en el sentido de que si fruto de un preacuerdo se hacía alusión por ejemplo a una figura como la ira, los efectos de esa institución debían ser reconocidos en todos los ámbitos que sea menester, como no solamente la pena final a imponer, sino en materia de la ejecución de la misma. Pero no se olvide que esa postura obedece a la posición dominante que para esa data regía en la jurisprudencia y que ahora ha sucumbido por cuenta de los cambios interpretativos de la alta Corte, que mutan la forma como se pensaba la prisión domiciliaria en punto a su primer requisito cuando media un preacuerdo.

6.6. Sobre la vigencia de los cambios jurisprudenciales

Siendo claro lo anterior, en tanto que el censor reprueba que se puedan aplicar esos cambios jurisprudenciales, en tanto que estos sobrevinieron posteriores a la fecha de los hechos delictivos y que, en todo caso, es menester que por favorabilidad se empleen los criterios anteriores, concierne repasar el tema de la vigencia del precedente jurisprudencial.

Para el modelo constitucional colombiano, en la administración de justicia recae la función de definir el contenido normativo de la ley. Como es que los textos jurídicos no siempre se aplican ni se dirigen a los casos concretos de manera autónoma, requieren del ejercicio hermenéutico que fije su contenido específico, lo que se realiza a través de la actividad judicial. Dicha actividad ha sido primordialmente encomendada a los órganos de cierre de cada jurisdicción a través del precedente judicial, mediante el cual dichas autoridades en sus

providencias establecen con fuerza obligatoria unas reglas que por antonomasia desbordan el asunto que resuelven y deben ser aplicadas a casos análogos por el resto de órganos de la administración de justicia y por ellas mismas.

En aquel ejercicio se determina primero cuáles son los mandatos, derechos oportunos y términos que la ley en cada caso concede, y luego ese mismo tratamiento jurídico debe reconocerse a los asuntos que se encuentren en la misma situación de hecho y de derecho. Entonces, una vez fijada una cierta interpretación de una disposición normativa, ante casos iguales debe darse el mismo tratamiento, con la seguridad para los administrados que de manera uniforme ello así sucederá. Así se garantiza la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes serán fallados de pareja manera. Ello también respalda una mayor seguridad jurídica y coherencia del sistema jurídico colombiano.

En tal virtud, una vez que dichas autoridades decantan el contenido de una disposición, la lectura de la normatividad deberá hacerse a la luz de los criterios y definiciones establecidos por dichos tribunales. Esto traduce que la jurisprudencia fijada en las providencias proferidas por las altas Cortes, en cuanto autoridades de unificación, *“se convierte en aplicable de manera general e inmediata, en sentido horizontal y vertical”*¹⁰. Precisamente, en la lógica de la aplicación en el tiempo del precedente debe asegurarse como regla general que casos que desde luego no han sido definidos o fallados sean resueltos al amparo de los criterios jurisprudenciales que operan para el momento.

Por esa cuenta, la aplicación de un criterio jurisprudencial no tiene como referente la época de los hechos y, en principio, tampoco la data en la que se

¹⁰ SU-406 de 2016.

hubiere producido el acto procesal cuyos efectos sustanciales se persiguen, como respecto de lo primero lo regenta el principio de legalidad. Dicho axioma reclama su aplicación respecto de leyes o normas positivas; así lo tienen consagrado de manera explícita ese canon y los artículos 6 de la Ley 906 de 2004 y del Código Penal, cuando prevén que nadie podrá ser juzgado sino conforme a *leyes preexistentes* al acto que se le imputa. En cambio, en cuanto al precedente “*simplemente éste producirá efectos para el caso que dio lugar a la variación como para los que deban resolverse a partir de ese momento*”¹¹.

Bajo esta misma línea, hay que decir que la favorabilidad como excepción o bien como parte integrante del principio de legalidad no es tampoco una figura que se predique de la aplicación de la jurisprudencia, conforme posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, sino solamente frente a la legislación positiva que cobra vigencia ante la sucesión de leyes en el tiempo que regulan un mismo supuesto de hecho, no ante diversas posiciones jurisprudenciales. La única posibilidad explícita de que se replique un criterio jurisprudencial más favorable se da en el marco de la acción de revisión en cuanto a la responsabilidad penal y a su punibilidad, que desde luego tiene como parámetro la existencia de una sentencia de condena, luego de la cual deviene un concepto jurídico favorable y diverso del que sirvió de sustento a la condena. Por fuera de esa hipótesis, el principio de favorabilidad de la jurisprudencia, como en el artículo 29 Superior se lo conoce, no es plausible¹².

Con rigor, cuando las altas cortes interpretan de forma novedosa un precepto normativo, no es que el operador esté frente a una nueva ley, sino por lo contrario, se trata de la misma norma vigente para el momento de los hechos, solo que contiene una interpretación corregida, por lo que no hay lugar a hablar

¹¹ CSJ SP, 14 ago. 2017, rad. 49467.

¹² CSJ AP, 30 sep. 2020, rad. 55886.

de alcances desfavorables de la misma. Es que una cosa es el fenómeno del tránsito legislativo, que puede dar lugar a la coexistencia de normas que regulen de manera diferente el asunto, y otra que los órganos de cierre varíen la interpretación de un precepto por considerarla errónea. Piénsese por ejemplo que, una doctrina jurídica pudo haber sido adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede generar consecuencias que no son aceptables en casos similares que se presentan en contextos históricos distintos; de ahí que deviene irrazonable que se persista en la vieja hermenéutica. Veamos:

“El casacionista olvida que, como también lo ha señalado la Sala, la favorabilidad no opera respecto de criterios jurisprudenciales, habida cuenta que, según el artículo 29 de la Constitución Política, se trata de una garantía que cobra vigencia ante la sucesión de normas en el tiempo, las cuales regulan un mismo supuesto de hecho, y no ante diversas posiciones jurisprudenciales. Así lo ha dicho la Corte: (...)

En decisión posterior, con cita incluso de autorizada doctrina foránea, la Sala ratificó esa postura al señalar en decisión del 28 de octubre de 2009:

“Sobre el tema la doctrina alemana enseña:

*‘Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. **Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida.** Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprudencia constante y que parecía garantizada; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprudencia firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir, por contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprudencia, a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28) que es el único por el que se debe orientar el ciudadano¹³.*

”[D]esde luego, que no se está en presencia de la aplicación de una nueva ley, sino de la interpretación corregida, si se quiere, de la misma norma cuya vigencia operaba de antaño, pero con diversa

¹³ Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito. Claus Roxin, págs. 164-166.

hermenéutica, por lo que no hay lugar a hablar de alcances desfavorables de la misma, por no tratarse de un fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo o coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho y con relación a normas instrumentales, siempre que de ellas se deriven efectos sustanciales¹⁴.”

^{15 16} (Negrillas fuera del texto original)

Ahora, no puede dejar de mencionarse que, en el rastreo jurisprudencial hecho sobre esta puntual materia, la Corte Constitucional ha sopesado que, primero, la aplicación general e inmediata de un nuevo precedente fijado por un órgano de cierre de la jurisdicción vincula a la administración de justicia como una garantía del principio de igualdad, pero que tal regla general no puede pasar por alto el contenido material de la misma igualdad, lo que conduce a que cada situación sea observada a la luz de las circunstancias particulares. Por esa cuerda, ha admitido que *“en aquellos casos en que los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previsto, no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales*”¹⁷.

Pero desde luego hay que acotar también que tal acepción la Guardiania de la Constitución la ha particularmente volcado a aquellos casos en los que la variación de un criterio jurisprudencial recae sobre las reglas del proceso judicial, siendo que allí su aplicación debe observarse aneja al marco fáctico, que permita establecer si su inmediata aplicación significa una afectación ostensible y trascendental de un derecho fundamental de los sujetos procesales, por el hecho de que la actuación procesal de los sujetos se hizo con la convicción legítima e inequívoca además de que esta estaría cobijada por el precedente para ese momento rector.

¹⁴ CSJ. AP. 28 oct. 2009, rad. 32764.

¹⁵ CSJ SP, 11 ago. 2015, rad. 45194.

¹⁶ Postura reiterada en la CSJ SP, 30 sep. 2020, rad. 55.886.

¹⁷ SU-406 de 2016.

Pues bien, sin trasgredir que hay un criterio primigenio y general conforme al cual mayoritariamente se acepta que la favorabilidad como la conocemos en el artículo 29 Superior y 6 de la Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 no aplica para la jurisprudencia, cabría en un caso en específico mirar si los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previstos, para que no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales.

Allí es que colige la Sala que se inscriben pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los radicados 39831 del 27 de septiembre de 2017 (del sonado caso Nule y 53718 del 14 de abril de 2021). En el primero, dicho tribunal varió su postura anterior e interpretó que las previsiones del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal también se aplicaban al allanamiento a cargos, empero, en respeto al debido proceso no aplicó esa intelección para dicho caso. En el segundo, se examinó la licitud de un preacuerdo con base en la jurisprudencia vigente para la fecha de la negociación, porque para esa data se había estructurado y consolidado, e incluso fallado por la primera y segunda instancia, sin que allí se haya tocado en específico el tema de *“la favorabilidad de la jurisprudencia”*, ni altere la concepción del tema como lo ha venido tratando la Corte.

Ahora bien, en similar medida, el recurrente ha traído a colación el radicado 57119 del 24 de marzo de 2021 para aducir que según lo dicho allí *“la jurisprudencia vigente solo opera a futuro, esto es, a partir de su expedición”*. No obstante, tal glosa no secunda la postura adoptada por ese sujeto procesal para fundamentar que los cambios jurisprudenciales arriba repasados solamente podrían aplicarse respecto de los hechos ocurridos con posterioridad a esas providencias y, por lo contrario, apuntala el criterio que esta Sala apadrina. En esa oportunidad, la Corte Suprema de Justicia decantó

que no resultaba aplicable el cambio de postura jurisprudencial conforme a la cual se dijo de manera novedosa que la indemnización integral prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 no responde a la filosofía del sistema acusatorio vigente en Colombia y, por tanto, la reparación del daño procede exclusivamente en los términos y modalidades indicadas en la Ley 906 de 2004, esto, por cuanto la petición de cesación de procedimiento por reparación integral de ese caso había sido efectuada con antelación al cambio jurisprudencial que se examina.

Véase entonces que la no aplicación del nuevo precedente no se hizo porque los hechos delictivos fueran anteriores a la variación del criterio jurisprudencial, sino porque la petición sobre la actuación procesal examinada era anterior. Luego, esto afianza que lo determinante sobre el vigor del precedente es mirar en un caso específico si los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previstos, para que no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales.

6.7. El caso concreto

En el asunto de la especie aparece sumamente claro que la fiscalía y el procesado suscribieron un preacuerdo sin base factual, conforme al cual se aplicó para simples fines de rebajar la pena imponible la figura de la ira. En la exposición del convenio el instructor fue rotundo al señalar aquello, tanto que comentó que, aunque podía esgrimirse que había un atisbo de que la víctima provocó al infractor penal y que ambos estaban alicorados, conforme su análisis había descartado que se estuviera aun mínimamente bajo el influjo de la figura de la ira. Con esa comprensión de los términos del preacuerdo, la señora Juez preguntó también con claridad al encartado que si entendía los

cargos, si aceptaba su responsabilidad como autor del injusto de homicidio simple y que a cambio recibiría una rebaja de pena según las cantidades que prevé el artículo 57 del Código Penal, consagratorio de la ira, frente a lo cual el procesado dijo que sí. Nuevamente, en tales términos la Judicatura aprobó el preacuerdo, lo que no mereció ningún reproche por parte de la defensa. Para reforzar esto, por cuenta de la intervención del abogado en los actos de individualización de pena, la *A quo* nuevamente solicitó que se recordara si el preacuerdo era con o sin base factual, ante lo cual el persecutor dijo que se trataba de esta segunda situación.

Es palmario entonces que el preacuerdo firmado y aceptado por las partes fue uno en el que se aplicaba la figura de la ira para meros efectos de reducción punitiva, pero no para que se comprendiera que el encausado actuó de esa manera. No es dable, entonces, que contrariando esa voluntad el recurrente desconozca tal pacto y busque cambiarle de naturaleza para que su defendido se vea beneficiado con un sustituto penal.

En ese orden de ideas, a fin de revisar si el acusado cumple con el primer requisito de la prisión domiciliaria, habrá de verse la pena mínima legal prevista para el delito de homicidio simple y no la pena menguada con la figura de la ira por razón de lo que ya ha sido explicado en apartados precedentes. En tal medida, el artículo 103 del Código Penal castiga el homicidio simple en su extremo mínimo con 208 meses privativos de la libertad, lo cual es superior a los 8 años de prisión de que trata el artículo 38B numeral 1º de dicho estatuto. Esto trae como consecuencia que no se cumpla con el primer presupuesto de necesaria satisfacción para la concesión de la prisión domiciliaria, por lo que no es necesario que se evalúen los demás presupuestos.

A tal conclusión se arriba tras reconocer la regencia, en este caso, de los cambios jurisprudenciales referenciados arriba y de su impacto a la hora de sopesar si se cumple o no el requisito temporal de la prisión domiciliaria. Esto es así porque, aunque los hechos delictivos sucedieron el 17 de mayo de 2020, antes de que emergieran los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los radicados 52.227 y 54.039, ya se vio que la data de acontecimiento de la conducta punible no es el parámetro para determinar el vigor y aplicación del precedente jurisprudencial. Igualmente, el preacuerdo suscrito fue presentado en noviembre de 2020, ya cuando tales providencias habían aparecido, por lo que debe entenderse que, siendo conocidos los términos de las decisiones de la alta Corporación, las partes actuaron con la consciencia de la existencia de esos nuevos parámetros; no en vano cuando el fiscal hizo exposición del preacuerdo se refirió con claridad a la diferenciación entre preacuerdo con base factual y sin ella, de ahí que deban plegarse a sus términos.

Aunque el censor ha aseverado que el convenio se radicó (verbalmente) en esa data porque el Juzgado no había programado audiencia, recuérdese que la audiencia que la Judicatura convocó fue la de formulación de acusación, sin que antes, como bien podían hacerlo, las partes presentaran al Despacho el pacto arribado. De tal forma que no se ha probado ni puede colegirse válidamente que la elaboración del preacuerdo y el ánimo de presentarlo ante el Juez de conocimiento fueren actos que se hubiesen hecho bajo la convicción y confianza legítima de estar amparados por los criterios jurisprudenciales anteriores, como para que ahora pueda discernirse que si el caso queda cobijado por el cambio jurisprudencial se quebranten derechos fundamentales del procesado. Adiciónese que con esto no se contraría la regla invocada por el defensor de que *la jurisprudencia vigente solo opera a futuro, esto es, a partir de su expedición*, pues justamente aquella está siendo aplicaba a futuro para

asuntos no fallados y para discusiones que surgieron con posterioridad a su emisión.

Por lo precedente se confirmará la providencia en lo que fue objeto de apelación.

7. Decisión

Suficientes razones para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

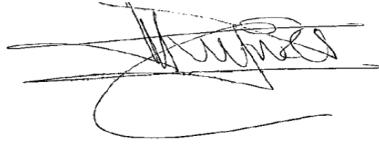
Primero. Confirmar el numeral tercero de la providencia apelada.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese y cúmplase.

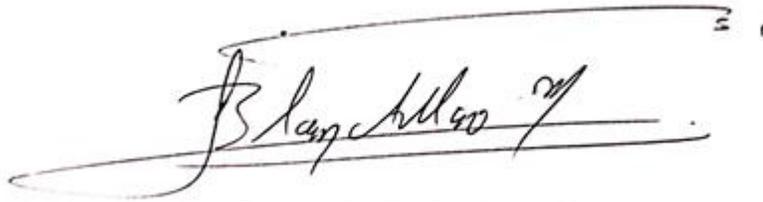
A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' shape with a horizontal line crossing it, and some smaller scribbles below.

Franco Solarte Portilla
Magistrado



0107

Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado



4425

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

