



***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal***

PREACUERDOS - LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA APELAR DEL DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Únicamente podrá intervenir cuando se observe flagrante vulneración de garantías fundamentales.

PREACUERDOS – CONTROL MATERIAL: Al igual que al Juez, al Ministerio Público le está vedado realizar control material frente al preacuerdo.

PREACUERDOS - Límites del Control Material y el Principio de Congruencia.

PREACUERDOS - Principios de Flexibilidad de la Imputación Jurídica y Progresividad de la Actuación Procesal.

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE – Facultad que le asiste a la Fiscalía, siempre que se respete el núcleo fáctico de la misma, y sea en favor del procesado.

PREACUERDOS – MODALIDADES: Preacuerdo con Readecuación Típica.

Teniendo en cuenta que la acusación es función privativa y exclusiva del ente instructor, se determina que el Ministerio Público, alegando vulneración del derecho al debido proceso del acusado al considerar que se está frente de una conducta atípica o ante la ausencia de antijuridicidad de la misma, no puede oponerse a la acusación originada en un preacuerdo en el cual la Fiscalía, dentro del principio de legalidad y estricta tipicidad, varió unilateralmente la imputación jurídica inicialmente efectuada, lo cual devino de nuevos elementos recaudados en su investigación, teniendo en cuenta la flexibilidad de la imputación y en aplicación del principio de progresividad, sin haber variado el núcleo fáctico de la imputación; y siendo que tal variación, no es grosera o arbitraria, en tanto que resulta razonable adecuar el comportamiento atribuido, al delito de acoso sexual agravado; siendo los cargos plasmados en el preacuerdo, los cuales fueron aceptados de manera libre y voluntaria por el procesado, vinculantes para el Juez y las partes e intervinientes, incluido el Ministerio Público, al no ser violatorio de garantías fundamentales; debiéndose proferir el fallo conforme la solicitud de la Fiscalía, que en este caso al tratarse de la modalidad de un preacuerdo con readecuación típica, la condena será por el delito aceptado de manera llana por el procesado, so pena de afectar el principio de congruencia. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No.	: 520016000485201007863
Número Interno	: 8231
Acusado	: FSMD
Delito	: Actos sexuales con menor de 14 años
Aprobado	: Acta No. 27 del 2 de octubre de 2018

San Juan de Pasto, octubre nueve (9) de dos mil dieciocho
(2018)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público, en contra

de la decisión proferida el 20 de septiembre de 2017 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, mediante la cual se aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 15 Seccional de Pasto y el señor FSMD, a través del cual el precitado acepta los cargos por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, tipificado en los artículos 210 A y 211-4 del Código Penal.

1. ANTECEDENTES

1.1. FÁCTICOS:

Los hechos se describen en el acta de preacuerdo¹ de la siguiente manera:

“... para el día 14 de agosto del año 2010, siendo aproximadamente las 7:00 de la noche, en la carrera..., en un inmueble ubicado en el centro de la ciudad de Pasto (N), llegó el señor FSMD quien es el tío del señor MAM propietario del inmueble y padre del menor de edad D.A.A.U.² de 5 años, quienes también se encontraban en dicho lugar. Siendo alrededor de las 7:00 pm cuando el niño D.A.A.U. se encontraba mirando televisión en su cuarto, ingresa el señor FSM, saca su miembro viril y procede a hacérselo lamer al menor de edad, por lo que el niño sale posteriormente del cuarto donde se encontraban sus padres y le refiere a su madre MIU “mamá le chupe el pipi a ese hombre y tenía un sabor feo” procediendo a realizar el reclamo debido al señor FSMD situación ante la cual él respondió que no había hecho nada, que solo se había recostado a lado del infante y se quedó dormido, y que el niño le bajó el cierre del pantalón y le sacó el pene, pero que él no sintió nada”.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos anteriores fueron denunciados ante la Fiscalía General de la Nación URI el día 18 de agosto de

¹ Folio 129 a 134

² Los nombres de las menores no se registran en la decisión conforme a las exigencias de la Ley 1098 de 2006

2010 por la señora MIU³, madre del menor D.A.A.U., y una vez adelantada la investigación preliminar, el ente acusador solicitó ante un Juez con Función de Control de Garantías, la emisión de orden de captura en contra de FSMD, la cual fue cumplida el día 12 de junio de 2013.

Como consecuencia, se adelantaron al día siguiente las audiencias preliminares a través de las cuales se declaró la legalidad de la captura. A su vez, la Fiscalía realizó imputación en contra del precitado en calidad de AUTOR y modalidad DOLOSA, por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS tipificado en el artículo 209 del Código Penal.

Frente a dicho cargo, el imputado guardó silencio, y la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, misma que fue decretada.

Continuando con el trámite procesal, el ente acusador presentó escrito de acusación el 8 de agosto de 2013⁴, luego de lo cual se realizó audiencia correspondiente el 16 de septiembre de 2013⁵, manteniéndose la imputación jurídica atrás indicada.

Se avanza hasta iniciar la audiencia preparatoria el 18 de marzo de 2014⁶, en la cual el procesado manifestó no aceptar los cargos, decretándose las pruebas solicitadas por las partes.

³ Fls. 125 a 127

⁴ Fls. 12 a 15

⁵ Fls. 18 a 21

⁶ Fls. 25 a 32

La audiencia de juicio oral inició el 19 de mayo de 2014, sesión en la cual, conforme al acta respectiva⁷, el Juez de primera instancia advirtió al procesado la oportunidad de renunciar al juicio oral aceptando los cargos por los cuales se había acusado, aclarándole que al ser la víctima menor de edad, no tenía derecho al reconocimiento por la aceptación, a rebaja punitiva alguna; de igual manera se le dio a conocer el derecho que le asistía de guardar silencio, no autoincriminarse o la facultad de declararse inocente, frente a lo cual el procesado expresó que era inocente.

Paso seguir la Fiscalía presentó su teoría del caso, y la Defensa por su parte señaló no presentar su alegato inicial; para posteriormente pasar a la enunciación de las estipulaciones probatorias referentes a (i) la fecha de nacimiento del menor víctima, anexando el correspondiente registro civil de nacimiento, y (ii) la plena identidad del procesado, anexando el informe correspondiente, la tarjeta decadactilar y la tarjeta de preparación de la cédula.

Siendo entonces turno del ente acusador para dar apertura a la práctica probatoria, solicitó la suspensión del juicio oral por la imposibilidad de que sus testigos asistieran a la audiencia, petición con la cual estuvieron conformes las partes, siendo en consecuencia aprobada por el Juzgado.

⁷ Fls. 34 a 36

Antes de la continuación del juicio oral, el 8 de agosto de 2017 se radicó ante el Juzgado de Conocimiento, acta de celebración de preacuerdo suscrita por la Fiscalía General de la Nación y el acusado con la asesoría de la defensa⁸, de la que se hizo partícipe al menor víctima a través de su representante legal, con el objeto de una terminación anticipada del proceso.

En dicha actuación la Fiscalía registra los fácticos atrás reseñados y procede a realizar una variación unilateral de la imputación jurídica primigenia, esto es de la comisión del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, a título de AUTOR, bajo la modalidad DOLOSA, al delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, contemplado en el artículo 210-A y 211-4 de la misma obra.

Lo anterior se realiza con fundamento en el interrogatorio rendido por el acusado el 4 de julio de 2017⁹, analizado con los demás EMP recaudados dentro del proceso, a partir de los cuales, conforme a la Fiscalía General de la Nación, se extracta que el procesado viajó a la ciudad de Pasto dentro de un entrenamiento ciclístico, arribando a la casa del padre del menor, y una vez recostado en la cama, el menor muy inquieto empezó a tocarlo, halarlo, y dado que el acusado se encontraba cansado, sacó su pene, y a manera de burla le dijo que si quería chupárselo, sin embargo, ello no ocurrió.

⁸ Fls. 129 a 134

⁹ Fls. 113 y 114

Por lo anterior, la Fiscalía logra acreditar que se evidencia el asedio físico, hostigando de manera insistente al menor a realizar actividades de tipo erótico sexual, dejando al descubierto su pene mientras al parecer dormía, buscando en beneficio suyo un fin sexual, valiéndose de las condiciones de edad sobre la víctima, constituyéndose una relación de autoridad o poder; por lo cual considera la Fiscalía factible variar la imputación y ubicar dicho comportamiento en lo previsto como ACOSO SEXUAL AGRAVADO en el artículo 210-A y 211-4 del Código Penal.

Conforme a la variación de la imputación, el señor FSMD acepta plenamente su responsabilidad penal y se pacta como consecuencia una pena de CINCUENTA (50) MESES DE PRISIÓN.

Luego de celebrada el acta de preacuerdo, el 11 de agosto de 2017 fue allegado escrito de acuerdo de voluntades sobre reparación integral¹⁰, suscrito por la madre del menor víctima, señora MIUO, y por la Defensora Pública quien actúa como representante de víctimas, a través del cual se informa que la señora UO, recibió por intermedio de la esposa del procesado, la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000) como prueba de haber sido reparada de manera integral, indicando además que el procesado se comprometió, una vez adquiriera firmeza la sentencia condenatoria, al pago del remanente por el mismo valor.

¹⁰ Fl. 128

Por lo anterior, la primera instancia procedió a adelantar audiencia de verificación de preacuerdo el día 28 de agosto y 20 de septiembre de 2017, cumpliendo con las ritualidades legales, y con base en ellas, constató que el acusado con pleno conocimiento de sus derechos aceptó el cargo establecido en el preacuerdo, procediendo a impartir la aprobación de la negociación, actuación frente a la cual el Ministerio Público interpuso recurso de apelación, que ahora se procede a resolver.

1.3. LA DECISIÓN IMPUGNADA¹¹:

La señora Jueza de primera instancia, señala que ante la imposibilidad de realizar un control material del preacuerdo, considera que el mismo se ajusta a derecho, toda vez que la variación de la calificación por parte de la Fiscalía se encuentra en la órbita de su competencia y se basa en el análisis de los elementos probatorios obrantes en el proceso, mismos que permitieron al ente acusador modificar la imputación, sin que ello implique la vulneración de los derechos y garantías fundamentales del procesado. Lo anterior teniendo en cuenta además, decisiones tomadas por esta Sala en datas anteriores¹².

Indica que en el acta de preacuerdo está plenamente identificado e individualizado el señor FSMD, quien previo conocimiento de las consecuencias jurídicas, aceptó el cargo endilgado de forma libre y voluntaria por el punible de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, sin menoscabar sus derechos fundamentales y garantizándole la defensa técnica.

¹¹ CD Audiencia de Verificación de preacuerdo. 01:10

¹² TSP Rad. 520016000485 2010 11746 01 N.I. 5699 del 5 de mayo de 2016, y Rad. 520016099032201205940-1 NI. 8430 del 31 de agosto de 2017, MP. Blanca Lidia Arellano Moreno.

Destaca que la Fiscalía aportó al proceso los elementos probatorios que sustentan la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad que sobre la misma tiene el procesado, como los informes médicos legales, la certificación de la asociación terapéutica CRECER Ltda., y el interrogatorio rendido por el procesado el 4 de julio de 2017; a partir de los cuales el ente acusador estableció que se trata de la conducta punible de ACOSO SEXUAL AGRAVADO; cumpliéndose además con el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal.

Respecto a los cincuenta (50) meses de prisión como pena pactada, considera que se ajusta a los lineamientos legales en tanto se encuentra dentro de los límites punitivos consagrados para el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO.

Menciona que el preacuerdo respeta lo establecido por el artículo 199 y siguientes del Código de Infancia y Adolescencia, puesto que no se reconoce ningún tipo de beneficio a favor del procesado, sumado a que los padres del menor no se opusieron a los términos del preacuerdo, pues la víctima fue debidamente reparada, garantizando con ello sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, la primera instancia aprueba el preacuerdo en los términos presentados por el ente acusador ratificado plenamente por el procesado, asistido por su abogado Defensor.

1.4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN¹³:

El delegado del Ministerio Público no comparte la aprobación de legalidad del preacuerdo suscrito, al considerar que se han vulnerado los derechos y garantías fundamentales del acusado, en razón a que la Fiscalía modificó los fácticos imputados, situación que se encuentra prohibida por la Jurisprudencia.

Advierte que la modificación aludida se hizo con base en la información suministrada por el señor FSMD, sin relacionarlo con los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, dándole completa credibilidad a su versión donde afirma que su actuar fue producto de una broma al menor, existiendo en consecuencia dos versiones de los hechos.

Así las cosas, señala que la Fiscalía le da plena credibilidad a los hechos suministrados por el procesado, situando su comportamiento dentro del delito de ACOSO SEXUAL contemplado en el artículo 210-A del Código Penal dentro del cual el término “broma”, no se encuentra en ninguno de los verbos rectores que lo integran, por tanto, evidencia que se está en frente de una conducta atípica o ante ausencia de antijuridicidad de misma, vulnerando los derechos y garantías fundamentales del procesado.

Por lo anterior, el agente del Ministerio Público solicita se revoque la decisión de aprobación del preacuerdo.

¹³ CD Audiencia de verificación de preacuerdo. 24:30

1.5. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE:

La Fiscalía expone que los fácticos del proceso se aclararon y fundamentaron en nuevos elementos probatorios no conocidos, a partir de los cuales se planteó la modificación de la imputación jurídica, deduciendo que la conducta del procesado se adecua al asedio o requerimiento que éste le hace a la víctima a fin de conseguir beneficios sexuales, configurándose así el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, sin desbordar el ejercicio reglado por la Ley y la Constitución, y menos socavar derechos fundamentales del procesado, por lo cual solicita a la segunda instancia, no acoger los planteamientos suministrados por el Ministerio Público.

A su turno, la Representante Legal de la Víctima no se opuso a la realización del preacuerdo por cuanto los hechos no fueron modificados sino aclarados, atendiendo adicionalmente a la voluntad de los padres del menor, quienes manifestaron su intención de que el proceso terminara de manera anticipada para evitar someter al menor a un juicio oral público. Finalmente, solicita que se legalice el preacuerdo celebrado.

Para la Defensa, la solicitud de improbación del preacuerdo por violación a garantías fundamentales elevada por el Ministerio Público, se traduce en que no ha habido participación activa de la Defensa, lo que a su consideración es absolutamente errado, pues si hubiese observado una conculcación de garantías fundamentales, el preacuerdo no se habría celebrado.

Manifiesta que para hablar de esa afectación, tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Rad. 39892 del 6 de febrero de 2013, debe acreditarse probatoriamente de manera manifiesta, patente, evidente, y no es suficiente, la simple exposición de una opinión contraria.

Finalmente, sobre la variación fáctica alegada por el Ministerio Público, retoma un pronunciamiento emitido por esta Sala¹⁴, donde se afirma que con el surgimiento de un nuevo elemento material probatorio es factible modificarse la imputación jurídica e incluso fáctica, pues la labor defensiva no termina con la acusación, sino que se extiende a lo largo del proceso.

Solicita en consecuencia, se confirme la decisión de primera instancia.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA:

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Efraín Adolfo Bermúdez Mora, representante del Ministerio Público, contra la decisión de primera instancia adoptada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto.

¹⁴ TSP Rad. 520016000485 2010 11746 01 N.I. 5699 del 5 de mayo de 2016, MP. Blanca Lidia Arellano Moreno.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad, la Sala determinará si se encuentra conforme a derecho la variación unilateral de la imputación jurídica realizada por la Fiscalía que inicialmente se adecuó al delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, tipificado en los artículos 210-A y 211-4 de la misma obra.

2.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES:

El artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, atribuyó a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio privativo de la acción penal, aunque en la práctica ha surgido tensión entre dicha función y el control ya sea formal o material que realiza el Juez sobre la misma, especialmente al momento de realizar la imputación jurídica o la acusación dentro de un específico caso.

Ya han sido varios los pronunciamientos, aunque no unánimes, que de esta Sala han surgido, examinando la legalidad del preacuerdo en el que la Fiscalía varía de manera unilateral la calificación jurídica de los hechos inicialmente catalogados, siendo el primero de ellos el AP, feb 23 2016. Rad. 520016000485201105288-1 NI. 9251 MP Dr. Silvio Castrillón Paz, donde el delito inicialmente imputado fue el de Acto Sexual pasando la adecuación al delito de Acoso Sexual, teniendo como respaldo un nuevo EMP consistente, como en el caso que hoy nos ocupa, en el

interrogatorio del acusado. Vale la pena recordar lo que en esa oportunidad se dijo:

“Dentro de un modelo procesal de marcada tendencia acusatoria, como el nuestro, los preacuerdos son vinculantes para el Juez, con lo cual se patentiza la separación de funciones de acusación, defensa y juzgamiento – que es inherente o consustancial a esta sistemática de enjuiciamiento criminal (principio acusatorio), y clara muestra del concepto de Juez o Tribunal Imparcial, pero siempre y cuando dicho acuerdo no ofenda las garantías fundamentales propias del estado social y democrático de derecho.

(...)

Así las cosas, impera en nuestro sistema de juzgamiento de marcada tendencia acusatoria, promulgado por la ley 906 de 2004, la separación de funciones de acusación, defensa y juzgamiento – que es inherente o consustancial a esta sistemática de enjuiciamiento criminal, y clara muestra del concepto de Juez o Tribunal Imparcial, por lo tanto, el papel que tiene el juez de conocimiento respecto a la acusación presentada, es inicialmente formal, pues le está vedado dirigir o corregir la tarea de acusación del Fiscal, por lo que de hacerlo, no sólo vulneraría el derecho al debido proceso del acusado sino también nublaría el principio de imparcialidad, al dirigir la acusación y proponer su propia “teoría del caso”.

Conforme al principio acusatorio, es la Fiscalía la encargada de dar el “nomen iuris” a la imputación jurídica, de acuerdo a los supuestos fácticos del caso en concreto y a los elementos materiales probatorios que de la exhaustiva indagación preliminar realizada pudo conseguir, pero siempre respetando así los principios rectores de legalidad y estricta tipicidad que señalan que la pretensión punitiva debe adecuarse a la ley penal preexistente, dándole a la conducta típica cometida la calificación penal que le corresponde.”.

Y respecto de la variación unilateral de la imputación que realizó la Fiscalía, se explicó:

“Nótese que bajo su propio convencimiento y responsabilidad, y con los poderes que le otorga su condición de funcionario judicial titular de la “Acción Penal”, el Fiscal decidió unilateralmente aniquilar su imputación inicial con fundamento en “nuevos elementos de convicción”, los que al final resultan ser una simple entrevista con el indiciado G.A.P.A. rendida después de formulada la acusación, pero que para él resultó suficiente para determinarse por una sustancial variación de la calificación jurídica del asunto, aminorando los cargos a simple acoso sexual agravado, aspecto sobre el cual no puede incidir o interferir la judicatura so pena de desviar los roles de imparcialidad y autonomía que le corresponden en el sistema acusatorio. Baste recordar que la acusación es un acto exclusivo y excluyente de parte, atribuido a la Fiscalía, el cual no está sometido a control material del Juez de conocimiento, según los precedentes reseñados”.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial tampoco ha sido pacífica la discusión, pero para efectos de avanzar en nuestro análisis, esta Sala tendrá en cuenta la siguiente guía, en la cual la CSJ luego de realizar un recuento de la línea precedente establece las siguientes subreglas:

“3.3.1. En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras¹⁵, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a

¹⁵ Artículo 5. *“Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.*

Artículo 10. *“Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial... El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales... El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”.*

su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica.”

Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

10.- Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario”¹⁶.

En cuanto a la relación entre el control material y el principio de congruencia, la Corte explica lo siguiente:

“Cabe advertir que la imputación se encuentra caracterizada por su alto grado de flexibilidad, pues en aplicación del principio de progresividad, a medida que avanzan las actividades investigativas, y con ello la recolección de nueva información, es posible que sea necesario ajustarla en orden a su precisión, siempre y cuando estos no supongan la alteración de la facticidad comunicada.

Ciertamente, algo distinto ocurre con su componente jurídico, pues este no predetermina la acusación ni la sentencia, razón por la cual la Fiscalía puede introducirle variaciones en la acusación, momento a partir del cual se

¹⁶ CSJ SP, feb 3 2016. Rad. 43356. MP José Leonidas Bustos Martínez

erige en límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, tal como lo prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, al establecer que:

«El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.».

*Con este criterio, reiteradamente la Sala¹⁷ ha sostenido que la imputación constituye una condicionante fáctica absoluta de la acusación; por ello, entre estos dos actos debe existir una adecuada relación de correspondencia, exigencia que, como se ha dicho, no se extiende al ámbito jurídico, **cuya congruencia solo es exigible entre la acusación y la sentencia, y con un carácter relativo, puesto que el juez puede condenar de manera atenuada, siempre que respete el núcleo fáctico central de la acusación**¹⁸. (...)*

Es importante advertir que en supuestos como el que hoy se analiza no estamos frente a un control material de la acusación, el cual opera cuando el juez, verbi gracia, muestra su inconformidad con los punibles por los que se acusa, o determina si es completa, o si se excluyen o dejan de incluirse delitos, o circunstancias con consecuencias punitivas; decisiones estas que son de la competencia exclusiva de la Fiscalía derivadas de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.¹⁹ (Resalta la Sala).

2.4. ESTUDIO DE CASO

Dentro del presente asunto, la Jueza de primera instancia avaló la legalidad del preacuerdo suscrito entre las partes, al considerar que se encontraba conforme a los lineamientos legales, se reconocía la responsabilidad, y se respetaban los derechos del procesado y de la víctima.

¹⁷ Cfr. CSJ, SP, 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518; CSJ, SP, de 30 de octubre de 2008, Rad. 29872; CSJ, AP, de 5 de septiembre de 2012, Rad. 39799; CSJ, AP, de 3 de julio de 2013, Rad. 36467; entre otras

¹⁸ Sobre el punto puede consultarse, entre otras, la providencia del 27 de julio de 2007 (radicado 26.4687).

¹⁹ CSJ, SP, feb 11 2015. Rad. 39894, MP José Leónidas Bustos Martínez.

Sin embargo, el agente del Ministerio Público se opuso a la aprobación del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el acusado, en razón a la modificación de los fácticos imputados, situación prohibida por la Jurisprudencia, sumado al hecho de que el actuar del procesado fue producto de una broma o burla al menor, verbo rector que para el recurrente no se consagra dentro del tipo penal de ACOSO SEXUAL, encontrándose frente de una conducta atípica o ante la ausencia de antijuridicidad de la misma, y generando en consecuencia una vulneración a los derechos y garantías fundamentales que le asisten como sujeto del trámite penal.

En tales condiciones, esta Corporación procederá a constatar en primer lugar, la legitimación en la causa para apelar del delegado del Ministerio Público, así como la postura que éste debería asumir dentro de la celebración de preacuerdos.

Superados tales aspectos, se examinarán los términos de la negociación a través de la cual el señor FSMD acepta los cargos por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO tipificado en los artículos 210-A y 211-4 del Código Penal.

(i) Legitimación en la Causa del Ministerio Público:

El principio de la doble instancia previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, prevé el recurso de apelación como parte del derecho de impugnación reconocido a quienes han intervenido en la causa con la finalidad de perseguir la tutela de un interés jurídico propio, a partir del

reclamo ante el superior de una revisión o enmienda los defectos, vicios o errores en los cuales pudo incurrir el A quo²⁰.

Tal situación supone de manera inequívoca que la decisión cuya remoción o modificación se persigue, debe comportar un carácter lesivo para la parte que acude al recurso, de lo contrario, se carece de interés para su incoación²¹.

Ahora, desde la perspectiva de quien ejerce el rol como representante del Ministerio Público, hay claridad sobre su legitimación dentro del proceso al haber sido “...*habilitado por el legislador procesal para que como órgano especial intervenga dentro del proceso penal en aras de que, en representación de la sociedad, defienda el orden jurídico y las garantías fundamentales*”²².

De esta manera, el artículo 277 constitucional, le asigna al Ministerio Público, entre otras, la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales; mandato constitucional desarrollado por el artículo 109 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Adicionalmente, podrá expresar su oposición a las formas de terminación de la acción penal por vía de la justicia premial y anticipada cuando quiera que ellas

²⁰ CCN, C-650 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²¹ CSJ, AP, jul 18 2000, Rad.17161, reiterado en AP abr 14 2010, Rad. 33494.

²² CSJ, SP, abr 30 2014, Rad. 41536, M.P. José Luis Barceló Camacho.

desconozcan garantías fundamentales, tal como se ha indicado por la Corte Suprema de Justicia²³, así:

“La Corte tiene dicho que desde el mandato del artículo 277 constitucional el legislador procesal de la Ley 906 del 2004 determinó que era viable la participación activa del Ministerio Público dentro del trámite judicial, no como un interviniente especial (que lo es la víctima), sino como un organismo propio dentro del proceso penal (sentencia del 5 de octubre de 2011, radicado 30.592), en aras de cumplir con los fines superiores que le corresponden: la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales.

Esa participación debe ejercerla sin que le sea dable alterar el equilibrio que debe prevalecer dentro del proceso, en el entendido que este se desarrolla por la contradicción entre dos partes que asumen el debate en igualdad de condiciones (Fiscalía y defensa). Por ello, sus intervenciones no pueden apuntar a lograr que la balanza se incline en pro o en contra de alguna de esas partes.”

En lo que tiene que ver específicamente con los preacuerdos y el rol del Ministerio Público, la misma sentencia dice:

“En el tema de allanamientos y preacuerdos, en el fallo reseñado, la Corte dijo:

*“En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, **habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada**, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, eventualmente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos.*

²³ CSJ, SP, feb 6 2013, Rad. 39892, reiterada en SP, oct 5 2011 Rad. 30592.

A este respecto no puede perderse de vista que el ejercicio de la acción penal constitucionalmente se halla adscrita a la Fiscalía, quien actúa por medio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, y que de igual modo el imputado tiene el derecho de participar en las actuaciones judiciales que lo afecten, a tal punto de renunciar a algunos derechos conferidos por el ordenamiento, a cambio de obtener una pronta definición de su caso y el reconocimiento de algunos beneficios a los que no podría acceder si el proceso transita por el sendero ordinario.

Sin embargo todas estas manifestaciones de justicia consensuada, no sólo deben estar regidas por la legalidad, sino que no deben afectar derechos de terceros, pues si esto ocurre, se activa la legitimidad del Ministerio Público para intervenir ante la eventual trasgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, los cuales son indisponibles por las partes involucradas. Igual acontece si los acuerdos contrarían el ordenamiento interno o desconocen el derecho internacional humanitario, o versan sobre infracciones graves a los derechos humanos, sobre las cuales no puede mediar negociación alguna por ser contrarias a los compromisos internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la Ley”.

Por modo que, por regla general, al Ministerio Público le está vedado oponerse a las acusaciones originadas en allanamientos o preacuerdos, admitiéndose como única excepción la acreditación de manifiestas vulneraciones a las garantías fundamentales, evento en el cual está facultado para hacer las postulaciones respectivas y, en el supuesto de decisiones adversas, acudir a los recursos de ley.”. (Subraya esta Sala).

Así las cosas, es claro para esta Corporación que en el *sub-júdice* confluye la legitimación en la causa del delegado del Ministerio Público para promover la apelación en contra del auto que aprobó el preacuerdo suscrito por las partes, pues justamente la discusión que se plantea se realiza a partir de la perspectiva de vulneración de garantías fundamentales del procesado.

No obstante, esta Sala desde ya advierte que no observa vulneración alguna a los derechos fundamentales del señor FSMD en razón a que la Fiscalía modificó la calificación jurídica luego de conocerse nuevas circunstancias, que le permitieron variar la imputación jurídica en favor del procesado.

(ii) Intervención del Ministerio Público en la celebración del presente preacuerdo:

Como bien se señaló, el Ministerio Público no puede oponerse a la acusación originada en un preacuerdo, excepto si dentro de la misma se acreditan groseras y manifiestas vulneraciones a derechos fundamentales; es decir que, al igual que el Juez, al Ministerio Público le está vedado realizar control material frente al preacuerdo celebrado, postura que ha sido adoptada por esta Sala, aunque no unánime, en anteriores pronunciamientos²⁴.

Lo cierto es que, no le es permitido al Juez, y en punto, tampoco al Ministerio Público, realizar una valoración probatoria con base en elementos materiales probatorios, evidencias o información que han sido recaudados por el ente acusador a través de su investigación, en la cual ha manejado un programa metodológico, hipótesis delictivas y demás aspectos que le han permitido determinar el cargo (s) que estima es el que se debe endilgarse al justiciable, fijando así una teoría del caso, con base en la cual maneja su estrategia procesal

²⁴ TSP Rad. 520016000485 2010 11746 01 N.I. 5699 del 5 de mayo de 2016, MP. Blanca Lidia Arellano Moreno. TSP Rad. 520016099032201205940 01 N.I. 8430 del 31 de agosto de 2017, MP. Blanca Lidia Arellano Moreno.

dentro de la celebración de negociaciones anticipadas del proceso vía preacuerdo.

Lo cierto es que ni el Juez, y mucho menos el Ministerio Público, pueden desbordar sus funciones y asumir el papel de la Fiscalía, quien es la dueña de la acción penal, y que ha decidido conforme a elementos materiales probatorios nuevos y que eran desconocidos para ella, variar la imputación jurídica al momento de realizar negociación con el acusado, respetando el núcleo fáctico de la imputación inicialmente efectuada, tal y como se observa en el caso de marras, y respetando el principio de congruencia frente al cual la Corte Suprema de Justicia viene exponiendo una línea interpretativa que otorga nuevos alcances, tal es el caso de los pronunciamientos del 30 de noviembre de 2016, radicado 45589 y SP 23902017 43041 de febrero 22 de 2017, último en el cual indicó:

“... recientemente, en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, al examinar un asunto regulado por la Ley 906 de 2004, esta Corporación señaló que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta, no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal, al igual que en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000.

...hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes”.

Estas variaciones jurídicas realizadas por el ente acusador, serán vinculantes no solo para la Judicatura,

sino también, se itera, para el Ministerio Público, quienes no pueden desconocer la dinámica propia de las formas de terminación anticipada, en las cuales la discusión se finiquita por decisión del procesado, quien puede renunciar a sus derechos de no autoincriminación, a guardar silencio y a ser vencido en la oralidad y publicidad de un juicio imparcial, con inmediación, contradicción y confrontación probatoria, en cuyo caso el Fiscal de la investigación, será quien analice los elementos probatorios con los que cuenta, para realizar la adecuación jurídica que considere procedente, con su consecuencia punitiva correspondiente.

Se concluye entonces, que únicamente podrá el Ministerio Público, dado el caso que nos ocupa, intervenir en la nueva adecuación jurídica, cuando se observa vulneración flagrante de garantías fundamentales del procesado.

Realizadas las anteriores precisiones, procede la Sala a examinar, los términos del preacuerdo a través del cual el señor FSMD, acepta los cargos por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, tipificado en los artículos 210-A, y 211-4 del Código Penal.

(iii) Legalidad del Preacuerdo presentado por las partes:

Teniendo en cuenta las decisiones emitidas por esta Corporación y referidas anteriormente, se han propuesto cuatro fórmulas de análisis a fin de determinar si se ha realizado un control material dentro de un preacuerdo por

parte de la Judicatura por fuera de sus facultades legales, y que puede asimilarse a la actuación que dentro del presente asunto ha efectuado el Ministerio Público, así:

- i) Tener en cuenta el preacuerdo como acusación.
- ii) Aplicar el principio de congruencia conforme a la alegación conclusiva contenida en el preacuerdo.
- iii) Revisión del trámite y valoración probatoria según que corresponda a un proceso abreviado u ordinario.
- iv) Atender a las diferentes formas de terminación anticipada del proceso por vía de un preacuerdo.

Para proceder a analizar los términos del preacuerdo suscrito entre el ente acusador, la defensa, y el señor FSMD, es menester extractar algunos puntos del preacuerdo:

1. La Fiscalía realiza una variación de la imputación, partiendo de la inicial, esto es, según lo tipificado en el artículo 209 del C.P., ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, tipificado en los artículos 210-A, y 211-4 del Código Penal.

2. La anterior modificación, se realiza por parte de la Fiscalía conforme a elementos materiales probatorios obtenidos con posterioridad a la formulación de imputación que tuvo lugar el 13 de junio de 2013, y aún con posterioridad a la presentación del escrito de acusación que fue radicado el 8 de agosto de ese mismo año, esto es el interrogatorio de indiciado rendido el 4 de julio de 2017.

Adicional a ello, la Fiscalía analiza conjuntamente este interrogatorio con los demás EMP, EF, ILO que reposaban en el expediente penal, que le permitió acreditar el asedio físico y hostigamiento insistente efectuado por el procesado al menor para realizar actividades de tipo erótico sexual, dejando al descubierto su pene mientras al parecer dormía, buscando en beneficio suyo un fin sexual, valiéndose de las condiciones de edad sobre la víctima, constituyéndose una relación de autoridad o poder; por lo cual consideró la Fiscalía factible variar la imputación y ubicar dicho comportamiento en lo previsto como ACOSO SEXUAL AGRAVADO en el artículo 210-A y 211-4 del Código Penal.

3. En cuanto a los términos de aceptación de culpabilidad por preacuerdo, el acusado acepta declararse responsable de los cargos formulados y como consecuencia de ello se fijó la pena de CINCUENTA (50) meses de prisión.

Con estos puntos, realizaremos un recorrido por las diversas estrategias que se plantearon:

i) Preacuerdo como Acusación:

Previamente se debe tener en cuenta que la variación de la imputación puede llevarse a efecto en audiencia convocada para ese expreso fin, antes de presentar escrito de acusación o también puede dejarse constancia de ello en dicho documento, igualmente puede realizarse en la audiencia de formulación de acusación, e inclusive según el resultado de las pruebas allegadas a juicio puede adelantarse a través de la alegación conclusiva. Aunque

cabe aclarar que no obstante esta facultad, se impone a la Fiscalía el respeto irrestricto hacia la imputación fáctica, pues solo se podrá realizar tal variación en lo que corresponde a la adecuación jurídica.

Y así lo explica la Corte Suprema de Justicia²⁵, cuando hace referencia al alto grado de flexibilidad de la imputación, que corresponde a la aplicación del principio de progresividad, hasta que se realiza la acusación, la que conforma el límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, según lo prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, norma que impone además el respeto por la solicitud de condena cuando el Fiscal así lo determine.

Como se ve, la variación de la imputación puede adelantarse en audiencia o por escrito, esto último puede ocurrir cuando se deja constancia de ello en el documento que contiene la acusación o en el acta de preacuerdo que hace las veces de acusación. Siendo así, nada impide en que la variación de la imputación se realice a través del medio presentado en esta ocasión por parte de la Fiscalía y en los términos aceptados por el señor FSMD, lo que se implica economía procesal.

Entendido así el preacuerdo como acusación, se determina que la opinión o criterio presentado por el Ministerio Público respecto de la adecuación jurídica realizada por la Fiscalía, única dueña de la imputación y de la adecuación jurídica de los hechos, dado el momento procesal en el que nos encontramos, invade la órbita

²⁵ CSJ, SP, feb 11 2015. Rad. 39894, M.P José Leónidas Bustos Martínez

funcional de la misma, quien dentro del principio de legalidad y estricta tipicidad, considera viable la variación jurídica presentada dentro del preacuerdo, sin que ello haya implicado vulneración de garantías fundamentales del procesado.

Ello es así, por cuanto se observa con la simple lectura del escrito, que los fácticos no han sido de manera alguna modificados ni transgredidos, pues su núcleo ha sido respetado, manteniendo la acción de requerir al menor la realización de una felación en favor del procesado (“hacer lamer”), la cual puede adecuarse perfectamente dentro del tipo penal de ACOSO SEXUAL, específicamente en el verbo rector de “asediar”, que conforme al diccionario de la RAE constituye en *“presionar insistentemente a alguien”* con fines sexuales no consentidos. Igualmente el escenario en el que se desarrollan los acontecimientos de connotación penal, es el mismo, manteniendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, esto es que ellos tuvieron ocurrencia el día 14 de agosto del año 2010, en horas de la noche, en el inmueble ubicado la carrera..., en la habitación en la que se encontraba el menor víctima, quien es sometido a un contacto de tipo sexual hacia el miembro viril de quien ahora es judicializado.

Lo que si es cierto, es que los hechos fueron ampliados, situación que es permitida si en el transcurso del proceso ha surgido un nuevo elemento material probatorio que permita ajustar la imputación jurídica en aplicación al principio de progresividad, siempre que se respete el núcleo fáctico de la misma, y sea en favor del

procesado, pues ello tiene relación incluso, con el fin de la audiencia preparatoria, momento procesal en el cual pasada la formulación de acusación, la defensa, en favor de su prohijado, puede presentar elementos materiales de prueba que den claridad a los hechos materia de juzgamiento y permitan modificar la adecuación jurídica de los mismos, siempre y cuando la misma le sea más benigna.

Nótese que el nuevo delito enrostrado al procesado, protege el mismo bien jurídico tutelado que aquel imputado inicialmente, hace parte del mismo título y capítulo del Código Penal, sumado a que se adecuó a un punible de menor entidad, respetándose siempre el núcleo fáctico y los derechos de las partes.

En ese orden, lo que realmente se evidencia en el presente asunto, es una valoración o criterio contrario que el Ministerio Público ha expresado, que es totalmente válido dentro de sus funciones, valga aclarar, sin embargo, se itera, le está vedado dirigir o corregir la tarea de acusación realizada por el Fiscal, pues de hacerlo, vulneraría el derecho al debido proceso del acusado.

Así entonces, la calificación jurídica variada por la Fiscalía en el preacuerdo que ocupa el estudio de esta Sala, no puede ser cuestionada, pues no se ha evidenciado y mucho menos probado, la afectación a garantías fundamentales del procesado.

Presentado lo anterior, enseguida se analizarán dos de las alternativas propuestas en conjunto para conducir a un mejor entendimiento del caso.

ii) y iii) Valoración probatoria y Principio de Congruencia:

La forma de analizar el poder persuasivo de los EMP recogidos por la Fiscalía es diferente, según como se presenten ya sea como respaldo de actuaciones que terminan por la vía anticipada de un allanamiento a cargos o preacuerdo, o que se introduzcan e ingresen como pruebas en un juicio oral, público y contradictorio, pues en el primero será determinante la valoración que realice el Fiscal para renunciar al debate probatorio en juicio, en cuyo caso el Juez verificará únicamente el mínimo estándar exigido en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, muy diferente al que se realiza luego de adelantada la audiencia de juicio, en cuyo caso será el conocimiento del Juez adquirido a través de los medios de prueba introducidos el que definirá la emisión de una condena o una absolución.

De esta forma, en este caso la Fiscalía acoge las exigencias de la madre de no continuar con un juicio oral público²⁶; sumado a la condición de la víctima quien es menor de edad, por lo cual se adoptó un tratamiento especial, como así lo expone de manera concreta la Corte de cierre cuando enuncia:

“En el ámbito de los delitos sexuales, concurren dos situaciones trascendentes frente al análisis del sentido y

²⁶ Folios 120 y 121

alcance de la parte final del artículo 381: (i) la tendencia, cada vez más marcada, a evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren al juicio oral, y (ii) la clandestinidad que suele rodear el abuso sexual”²⁷.

Ahora bien, desde el punto de vista del trámite probatorio dentro de un juicio oral, al que eventualmente se llegaría en caso de no aprobar el presente preacuerdo, en lo que respecta al interrogatorio del procesado que respalda el preacuerdo, debe anotarse igualmente que aun en el evento en que no se haya descubierto ni decretado, subsiste para éste la posibilidad de renunciar a su derecho a guardar silencio y solicitar que se lo escuche como testigo en su propio juicio, lo cual procede hasta antes de finalizar la práctica probatoria, lo cual permitiría incluso a la Fiscalía a presentar una alegación conclusiva a través de la cual realice una adecuación jurídica diferente a la ofrecida en su alegato de apertura, que puede inclusive llegar hasta la solicitud de absolución²⁸.

De esa forma, la dinámica propia del Sistema Acusatorio que se aleja del principio de permanencia de la prueba del anterior esquema, puede llevar a resultados jurídicos diversos a los planteados al inicio del juicio, conforme a la práctica de la prueba que puede incluir el interrogatorio del acusado.

Bajo ese contexto, encuentra la Fiscalía una situación jurídica diferente, que se deriva de un nuevo elemento recaudado en su investigación, consistente en el *interrogatorio que rinde el acusado*, a la vez que encuentra

²⁷ CSJ, SP 16 mar 2016, rad. 43866 MP Patricia Salazar Cuéllar

²⁸ CSJ, AP 6357-2015, 12 Nov 2015, Rad. 41198

una situación diferente a la estimada al momento de imputar y acusar, en razón a que de acuerdo a lo manifestado por el acusado, *“tenía su pene por fuera de la ropa, le dijo al menor a manera de broma, que si quería chupar su pene, sin embargo, esto no sucedió...”*²⁹.

De esta manera, la Fiscalía considera que se trató de una invitación o requerimiento por parte del procesado al menor, para que le realizara una felación, circunstancia que se adapta plenamente a la conducta punible de acoso sexual, lo cual para esta Sala es completamente razonable.

Siendo así, se determina que con base al nuevo elemento probatorio, el ente acusador modifica la calificación jurídica, partiendo de la inicialmente de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, tipificado en el artículo 209 del C.P., por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, según lo previsto en los artículos 210 A y 211-4 del C.P., variación que no vulnera los derechos y garantías del procesado, quien aceptó de forma libre y voluntaria los cargos plasmados en el preacuerdo.

iv) Atendiendo a las diferentes formas de terminación anticipada del proceso por vía de un preacuerdo:

En materia de preacuerdos, se presentan diversas modalidades, conforme se establece en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, las cuales, el Dr. Eugenio Fernández Carlier, en salvamento de voto parcial a la decisión,

²⁹ Fls. N: 132

proferida por la Corte Suprema de Justicia³⁰, las clasifica en Preacuerdo simple, Preacuerdo con degradación y Preacuerdo con readecuación típica.

Así las cosas, dentro del caso que nos ocupa la modalidad más cercana es la del preacuerdo con readecuación típica, que se explica en los siguientes términos:

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

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

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por el imputado, pues se indica que “el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.”

³⁰ CSJ, SP 2168-2016, feb 24 2016. Rad. 45736.

Ahora, en este caso se advierte que la adecuación jurídica de los hechos al delito de acoso sexual agravado previsto en los artículos 210-A y 211-4 del C.P., no se incluyó en la imputación inicial, sino que ello se realiza a través del acta de preacuerdo, que hace las veces de acusación, conforme a los cargos que el justiciable acepta de manera llana, es decir conforme a la modalidad antes dicha. En cuyo caso, la decisión así adoptada, es vinculante para el Juez y las partes e intervinientes, inclúyase Ministerio Público, y como consecuencia, se condenará al procesado por el delito aceptado.

Así las cosas, el preacuerdo presentado en el que no es admisible la rebaja de penas o el otorgamiento de beneficios por encontrarse afectados los derechos de un menor de edad, se ajusta a la primera modalidad prevista en el inciso 2° del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, presentando el acta correspondiente, en la que la Fiscalía con base en los nuevos elementos recaudados, hace su propia valoración y llega al convencimiento de que el autor incurrió en el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO.

De lo que se concluye que el recurrente, en este caso desconoce esta modalidad de preacuerdo que encuentra pleno respaldo legal en la norma citada, y que de manera alguna se traduce en vulneración de garantías fundamentales, razón por la cual, su intervención, que se traduce en una postura, opinión o criterio, no está llamada a prosperar.

Adicionalmente, trayendo a colación el fallo de la CSJ Sala de Casación Penal Rad. 43356 de 2016, por regla general no se podrá hacer control material a la acusación del Fiscal por parte del Juez, sùmese a esta afirmación para el caso objeto de estudio, ni por parte del concepto emitido por el agente del Ministerio Público; excepto si se evidencian actuaciones groseras y arbitrarias que comprometan las garantías de las partes o intervinientes.

En ese contexto, lo que permite determinar cuándo una actuación es grosera o arbitraria, se finca en el principio de razonabilidad, el cual revisaremos si ha sido respetado en el trámite adelantado por la Fiscalía en el presente asunto.

Conforme a la hipótesis anteriormente analizada, en la que se proyecta la actuación de la Fiscalía en juicio, se tiene como uno de los posibles resultados la variación de la imputación en la alegación conclusiva, por lo que los términos fijados en el preacuerdo, simplemente hacen que se anticipe ese resultado, mismo que no se aleja de una de las realidades que pudiera generarse luego de adelantado el juicio oral.

Siendo ello así, la acusación inicial ya fue variada a través del preacuerdo, lo cual significaría que aún de mantenerse la ilegalidad del mismo por vulneración de garantías fundamentales como lo alega el Agente del Ministerio Público, y de acudir al trámite ordinario tal y como lo manifestó el señor Defensor, la Fiscalía tendría la facultad, pese a que su teoría del caso ya fue presentada,

demostrar con la práctica de pruebas de manera directa o por estipulación, que el delito realmente cometido por el procesado es de ACOSO SEXUAL, y superado dicho trámite, mantener su postura y presentar sus alegatos conclusivos solicitando que se imponga condena por ese delito previsto en los artículos 210 A y 211-4 del C.P.

De tal manera, que la variación que realiza la Fiscalía de la imputación jurídica por medio del preacuerdo que ocupa nuestro estudio, es vinculante para el Ministerio Público, para el Juez, e incluso para el mismo ente acusador, y una vez adoptada esa posición deberá mantenerla, aún si el preacuerdo se declara ilegal y se continuara el proceso por la vía ordinaria, al punto que la Corte Suprema de Justicia casó un fallo condenatorio el cual se impuso como resultado de un juicio, y lo reemplazó para atender los cargos que previamente habían aceptado los procesados a través de un preacuerdo que el Juez de conocimiento había declarado ilegal y que obligó a las partes a continuar el proceso ordinario³¹.

Ahora, al tratarse el presente asunto de un proceso abreviado definido conforme a la posición jurídica que asumió el Fiscal al momento en que decidió realizar una negociación aceptada por el procesado, el Juzgado, acertadamente procedió a determinar si se presentaban elementos suficientes para acreditar el mínimo probatorio sobre la existencia del ilícito y la responsabilidad del acusado, que lo condujo en consecuencia a impartir la aprobación de la negociación celebrada, por cumplir con la

³¹ CSJ SP, 03 Feb 2016. Rad. 43356. M.P José Leónidas Bustos Martínez

legalidad sin vulnerar derechos fundamentales de las partes, resultando entonces que la manifestación del Ministerio Público respecto a la vulneración de los derechos fundamentales del procesado, pierde vigencia frente a la posición que asumió la Fiscalía y la decisión del procesado de renunciar al debate probatorio que se daría en juicio oral.

Así las cosas, en el marco de la discrecionalidad que se difunde a favor del ente acusador para el ejercicio de la acción penal, y dentro del cual no puede inmiscuirse el Ministerio Público, claramente en este caso hizo un uso razonable de dicha prerrogativa, toda vez que no alteró la esencia del núcleo fáctico de la imputación inicialmente reseñada, sino que con base en su labor de investigación, llegó a la necesidad de modificar esa imputación jurídica. Hecho que no puede ser reprochable, por el contrario resulta plausible de conformidad con el principio acusatorio y la garantía al acusado de un debido proceso, arraigado a la prueba real con la que cuenta la Fiscalía, quien inmerso en su investigación objetiva optó por el camino procesal que a su criterio es el mejor para acercarse a la protección de los derechos en tensión tanto de las víctimas como del acusado.

Y es este examen que realiza la Fiscalía el que cuestiona el delegado del Ministerio Público como ilícito por la presunta vulneración del derecho al debido proceso del acusado, sin embargo, de acuerdo a los fácticos del proceso, se logra evidenciar la constitución de los elementos que estructuran el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, cumpliendo con los principios de tipicidad y legalidad, que

fueron de manera acertada adecuados y explicados por la Fiscalía y la Defensa; en razón a que, uno de los elementos es el relacionado con los fines pretendidos por el sujeto activo de los delitos, pues tanto en los actos sexuales como en el acoso sexual, tienen connotación libidinosa, de ahí su ubicación típica respecto del bien jurídico tutelado.

Igualmente, se encuentra la relación de superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder derivadas de la edad, el sexo, la posición laboral, social, familiar o económica del autor respecto de la víctima en el delito de acoso sexual, que si bien no se encuentra establecido como un elemento adicional en los actos sexuales, no se descartan como parte del contexto factual en el que puedan realizarse tales actos.

Además, que en los hechos registrados en el preacuerdo, efectivamente se presenta una relación de dependencia de la víctima respecto del acusado, quien es el tío del padre del menor, al igual que se presenta también una relación de subordinación derivada de la edad y de las condiciones físicas, en tanto que el agresor era un hombre adulto y la víctima era un menor de edad.

En ese orden, resulta razonable adecuar el comportamiento atribuido al señor FSMD, al delito de acoso sexual atendiendo a las explicaciones brindadas por él en su interrogatorio, por lo cual, contrario a lo que estima el Ministerio Público, no se logró establecer vacíos relevantes en el núcleo fáctico del proceso.

En cuanto al componente de justicia, se encuentra satisfecho en la medida en que el agresor fue capturado, judicializado y acepta su responsabilidad suspendiendo cualquier proceso de revictimización a través de la investigación que estaba en curso y evitando este perjuicio en un juicio público, oral y contradictorio.

En relación a la pena, ésta atiende a la punibilidad prevista en los artículos 210-A y 211-4 del C.P., y adelantado el proceso de dosificación punitiva se ubica dentro de los límites legales, pese a que no reporta la Fiscalía la existencia de antecedentes ni se incluyen circunstancias de agravación genéricas, atendiendo además a que se presenta como una alternativa que estimula al acusado para no acudir a juicio y esperar una eventual absolución debido a las grandes dificultades de índole probatorio que suelen ocurrir en este tipo de delitos.

Respecto a la legalidad y tipicidad, ya se explicó suficientemente que si bien los fácticos pueden adecuarse al delito de actos sexuales también encajan en el punible de acoso sexual, reconocimiento que se hace a favor del procesado de acuerdo a los elementos probatorios recaudados por el ente acusador, garantizando su derecho a que la conducta que se le atribuye se encuentre prevista previamente como delito, y que el juicio se adelante con respeto de todos sus derechos, entre los que puede acudir a un mecanismo anticipado de solución de su conflicto con el Estado.

Corolario de lo expuesto no encuentra la Sala fundamento para considerar que la actuación de la Fiscalía comprometa las garantías fundamentales del procesado, incluso de la víctima, razón por la cual, se aparta de la posición, criterio u opinión del Ministerio Público, y procede a confirmar la decisión proferida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala Mayoritaria de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto del recurso de apelación, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto el 20 de septiembre de 2017, que aprobó el preacuerdo suscrito el 4 de julio de 2017, entre la Fiscalía Quince Seccional de Pasto y el señor FSMD, con la debida asesoría de su abogado defensor, y la coadyuvancia de la representante legal de la víctima.

SEGUNDO: Se notifica en estrados y se informa que en contra de esta determinación, no cabe ningún recurso.

TERCERO: Devuélvase el asunto al despacho de origen para que se continúe con el trámite que corresponde.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

ANA JULIETA ARGUELLES DARAVIÑA
Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario