

FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN - Comporta un condicionante fáctico de la acusación, del allanamiento o del preacuerdo, por lo cual los hechos no pueden ser modificados, debiendo su núcleo ser respetado.

PREACUERDOS – LÍMITES A LAS FACULTADES DE LA FISCALIA: La potestad que le asiste para su celebración, no significa la desmedida administración e impartición de acuerdos que vulneren los derechos de las partes en pugna, pues se trata de que aun con la aceleración del trámite jurisdiccional, se cumpla con los preceptos legales de la justicia penal.

PREACUERDOS - CONTROL EXCEPCIONAL DE LEGALIDAD A LA VARIACIÓN DE IMPUTACIÓN: Procede de presentarse vulneración a los derechos y garantías de todos los sujetos procesales que intervienen en el proceso.

PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR - Protección de los Derechos Fundamentales y deber de las autoridades de garantizar su tutela.

PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR – PREACUERDOS: Prohibición de beneficios punitivos si se procede por delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

PREACUERDOS - CONTROL EXCEPCIONAL DE LEGALIDAD A LA VARIACIÓN DE IMPUTACIÓN: Procede al verificarse que la variación sobre la tipificación ocurre en función a la celebración de un preacuerdo, en contravía de lo preceptuado por la ley 1098 de 2006.

Conforme el deber que le asiste al juez de velar por la legalidad y salvaguarda de las garantías fundamentales en la integralidad de los procesos penales, se determina que no hay lugar a aprobar el acuerdo, dado que el ente instructor desbordó los límites legales que impiden el ejercicio arbitrario de la acción penal y el margen de movilidad que debe tener para resolver los casos sometidos a su conocimiento, al haber modificado el contenido de la inicial imputación de acceso carnal agravado a acoso sexual, cambiando sustancialmente el núcleo fáctico sin existir un error precedente de adecuación típica ni contar con nuevas evidencias, sino en función a la celebración del preacuerdo, desconociendo la prohibición de la concesión de beneficios establecida en la Ley de Infancia y Adolescencia; y en tanto la variación en la calificación jurídica se constituye en un acto ilegal, transgresor de las prerrogativas que estructuran el derecho penal, es procedente efectuar el control material excepcional del preacuerdo.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	: Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	: 110016000721201500670-01
No. Interno	: 27999
Conducta Punible	: Actos Sexuales con Menor de 14 años

Acusado : MAAL
Decisión : Confirma el recurrido
Aprobado : Acta N° 3 de seis de febrero de 2020

San Juan de Pasto, diez de febrero de dos mil veinte
(Hora: 10:00 am)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del asunto y el Defensor del procesado MAAL, contra el auto interlocutorio del 26 de octubre de 2018, dictada por el Juzgado Primero del Circuito de Tumaco (N) en función de conocimiento, que denegó la aprobación del preacuerdo celebrado entre el ente acusador y el judicializado.

El motivo de inconformidad de los apelantes, gira en torno a la decisión de improbación del preacuerdo emitida por el *A quo*, buscando en consecuencia bajo la segunda instancia procesal, la revocatoria del auto por parte de la Judicatura y la correspondiente aprobación del pacto celebrado entre los sujetos procesales del asunto.

1. Supuestos fácticos

En función al tópico de análisis en el presente asunto, los supuestos fácticos del caso serán transcritos taxativamente de los consignados en el escrito de preacuerdo.

“Los hechos tuvieron ocurrencia en fecha estimada para el año 2013, dato que se extracta: (i) de la fecha de nacimiento de la menor- (17-09-06); (ii) del relato que hiciere la propia ofendida de iniciales L.F.C.E. en fecha –(17-09-06)- cuando dice que ella contaba con ocho (8) años de edad, y (iii) del informe ejecutivo de la fecha –(13-08-15)- suscrito por la policía judicial del CTI de la Fiscalía de la ciudad de Bogotá, donde se

da cuenta de la denuncia que hiciera la señora FLC, abuela de la menor ofendida, quien hace saber que el señor MAAL realizó en repetidas ocasiones actos sexuales con la niña L.F.C.E. desde cuando ella contaba con siete (7) años de edad. Según su historia, el Señor AL se llevaba a la niña a su casa, le quitaba la ropa, la besaba, le lamia el cuerpo y la “cola”, le ponía el pene y se lo empujaba.”¹

2. Actuación procesal y providencia recurrida

2.1. Ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Tumaco (Nariño) con función de control de garantías, el 23 de enero de 2018, se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, donde se declaró la legalidad de la captura y se imputó a título de dolo el delito de *acto sexuales con menor de catorce años*, consagrado en el artículo 209 del Código Penal, frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos.

Aunado a lo anterior, se impuso en cabeza del procesado, medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

El 22 de marzo de 2018 la Fiscalía radicó escrito de acusación en el cual, valga la redundancia, se acusaba al señor MAAL como autor, a título de DOLO, en la modalidad de ACTOS SEXUALES DIVERSOS DEL ACCESO CARNAL sin circunstancias de agravación punitiva de las previstas en el artículo 211 del Código Penal, por el delito de “Actos sexuales con menor de catorce años”, en concurso homogéneo y sucesivo; sin embargo, con posterioridad se allegó escrito de preacuerdo por lo que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco (Nariño) con funciones de conocimiento, el 26 de octubre de 2018 procedió a adelantar audiencia de verificación de legalidad del preacuerdo y al encontrarlo carente del

¹ Acta de Preacuerdo del 24 de abril de 2018, Folio 92 del Cuaderno de Primera Instancia.

cumplimiento de los preceptos legales, impartió su improbación, ordenando se restituyan los términos procesales desde el momento en que el señor defensor manifestó la presentación del preacuerdo y la continuación del acuerdo con el procedimiento ordinario.

2.2. Ahora, dentro de la decisión que se recurre, el juez de primera instancia, tras recordar los facticos, la actuación procesal y los elementos materiales probatorios anexados, procedió a analizar el preacuerdo celebrado entre el ente acusador y el procesado.

En principio, resaltó la variación de la imputación realizada por la Fiscalía en la celebración del preacuerdo, en la cual el ente acusador, distó de su percepción primaria plasmada en la imputación (tipificar la conducta en lo preceptuado por el artículo 209 del Código Penal) y, en consecuencia, enmarcó los facticos del asunto en la conducta punible de acoso sexual consignada en el artículo 210-A del Código Penal.

Ya en el acápite considerativo indicó que si bien los artículos 350 y 351 del código Penal desarrollan lo atinente a los preacuerdos y el allanamiento a cargos en los asuntos penales, es de relevante importancia, inmiscuirse en la finalidad esencial de tales pactos, así como las etapas procesales pertinentes para su presentación y el papel que juega el togado ante tales acuerdos.

Posterior a ello, radica el foco del asunto en el contenido y relación “clara y sucinta” de los hechos con las imputaciones y acusaciones, pues plasma como imprescindible para el proceso penal, la necesidad de concordancia y apego de las actuaciones desplegadas por el procesado y los cargos de persecución direccionados por la Fiscalía.

Argumento del cual, cita el contenido de los artículos 287 y 337 del Código de Procedimiento Penal a través de los cuales presenta en el asunto un escenario de imputación polarizado por la inferencia razonable de la autoría o participación del procesado en el delito investigado, así como, posteriormente, un esquema acusatorio referente a una afirmación con probabilidad de verdad de la existencia de la conducta punible, y a su vez, la autoría o participación del imputado, separando en sí, el grado de fuerza de cada etapa en función a su afectación, seguridad jurídica de señalamiento y ejecución de indagación correspondiente.

En sustento, cita apartes doctrinales que conceptúan en la diferencia que corresponde a las etapas procesales y los tópicos que hacen parte de ellas; no obstante, una vez decantado el grueso teórico del asunto, decanta el análisis concreto en cinco numerales; (i) en principio refiere la comunicación de la imputación al procesado en función a la conducta punible prevista en el artículo 209 del código Penal, resaltando de ello la conservación de tal prerrogativa en el escenario planteado por el escrito de acusación allegado al despacho; *contrario sensu* de lo cual, (ii) aduce que en el escrito de preacuerdo, se recurre a la variación de la acusación con base en los dictámenes médicos legales de la víctima, determinando como ente acusador la conservación del núcleo factico de vinculación del acusado y resaltando el apartamiento de tal conmutación del animo del preacuerdo celebrado entre el persecutor y el judicializado, saltando así, de un proceso guiado por el rastro del punible conceptuado en el artículo 209, por un pacto establecido a través del artículo 210-A del Código Penal, iterando el argumento de variación en la presencia de *“manipulaciones eróticas”*, así como el informe referente a la presencia de *“Himen anular íntegro no dilatable”*, refiriendo a su vez un decanto correspondiente a que la conducta *“indica que los actos fueron superficiales... Entendiéndose así que se trato de un acto de*

asedio físico hacia la menor, dirigido a conseguir fines sexuales no consentidos, como lo es obtener finalmente una relación sexual con dicha menor, por lo que entonces se presentan todos los referentes normativos de la referida conducta punible de acoso sexual que se estructura mediante la ocurrencia de ese asedio a que fuera sometida la menor”.²

Como tercer ítem, (iii) plantea que el Delegado del ente acusador, ejecutó las actuaciones tendientes a la investigación y judicialización del asunto con yerro latente en el desconocimiento de focos imprescindibles para el caso, pues si bien se ejecutó las valoraciones forenses de necesidad, se dejó de lado la valoración psicológica recomendada por el galeno tratante de la víctima, quien taxativamente expresó en su concepto *“Se trata de una menor con un relato correspondiente a abuso sexual... Los hallazgos encontrados no permiten descartar ni confirmar manipulaciones sexuales, ya que en su mayoría no dejan huellas físicas, se recomienda tener en cuenta el relato dado por la menor, e investigado a cerca de otras presuntas víctimas nombradas por la menor en el relato. Se recomienda valoración por psicoterapia y que dicha entrevista sea tenida en cuenta para la investigación.”*

Aunado a lo anterior, (iv) refiere falta de diligencia en la complementación de los elementos materiales probatorios fruto de la investigación adelantada, esto, en el sentido de que el *A quo* se plantó insistente en la necesidad de la vinculación del informe psicológico de referencia; no obstante, el fiscal encargado expresó la imposibilidad de recaudo del mismo, a lo cual, en contacto directo por parte del Despacho con la investigadora a cargo de tal elemento material, la misma indicó en primer lugar la existencia del documento en el archivo magnético de la unidad y aunado a ello, la posibilidad de obtener tal EMP a través de la coordinadora de CAIVAS en Bogotá.

² Folio 135 Cuaderno de primera instancia.

Finalmente, (v) el togado de instancia decanta de su análisis que *“no existe certeza del cumplimiento de un proceso de adecuación típica debidamente circunstanciado al obviarse la valoración psicológica que sin duda aportara el relato detallado de la víctima y las conclusiones de la psicóloga respecto de la versión de la menor y que debe tenerse en cuenta por parte del delegado.”*; de lo cual remató aseverando en que al desconocer la integralidad de los elementos materiales probatorios de la investigación, *“la conclusión a la que se puede arribar sin mayor esfuerzo es que hay violación de garantías fundamentales, al debido proceso, a las formas propias de cada juicio, estricta tipicidad, legalidad de la pena, derecho de defensa, etc.”* Lógica de la cual, deriva en una injustificada eliminación de los preceptos del concurso sucesivo y homogéneo de las conductas punibles, y aunado a ello, un desconocimiento flagrante de los parámetros legales que reglan los preacuerdos en asuntos delictivos en que se vean inmersos menores de 14 años.

En tal sentido, de manera conclusiva, refirió el juzgador competente, la presencia de vicios que aislados de una posible intromisión de la judicatura en el papel acusador, refieren la improcedencia del preacuerdo, sentido en el cual, decanta el auto en un fallo que imprueba el pacto tratado y ordena en función a la decisión, la restitución de los términos procesales y la continuación de acuerdo al procedimiento ordinario.

3. Argumentos de los recurrentes

3.1. Fiscalía como recurrente³

El delegado de la Fiscalía en el asunto de marras, apela la decisión de primera instancia, buscando la revocatoria de la resolutive evocada por el *A quo*, y, en consecuencia, la aprobación del

³ CD. Audiencia de Verificación de Preacuerdo, Minuto 00:00:16

preacuerdo celebrado entre el ente al que representa y el procesado.

En tal sentido, inició con un breve recuento de los fines perseguidos por la figura del preacuerdo y materializados en su ejecución, acto del cual, derivó su argumento al foco de líneas jurisprudenciales referentes a la intromisión del juez en los tópicos materiales del preacuerdo, trasladando así su alzada a la ausencia de facultad del togado para inmiscuirse en el pacto, más allá de la verificación formal de las prerrogativas denominadas como garantías fundamentales.

Aunado a ello, aterrizó su planteamiento al asunto en el siguiente sentido: *“en este caso su señoría creemos sensatamente que los hechos corresponden fácticamente a lo que se ha podido establecer inicialmente, tengamos en cuenta que esta investigación, que las indagaciones periciales, las investigaciones se adelantaron en la ciudad de Bogotá y llegaron incompletas a la Ciudad de Tumaco, atendiendo a que se requiere un mínimo probatorio, se consideró suficiente entonces esos soportes, su señoría, para efectos de tipificar el delito que en un momento dado se imputó y por el cual luego se acusó, sin embargo como la fiscalía tiene un margen de maniobra para poder pre acordar por eso justamente se hizo la variación teniendo en cuenta como soporte fundamental el dictamen de la médico legista que señaló que no hubo ningún tipo de manipulación sexual, simplemente se trataban de asedios físicos de acosos, de allí que pues atendiendo esa opción, se decidió pues modificar el delito de acto sexual a acoso sexual debidamente convenido con el señor defensor (...)”⁴*

De otra parte, señaló que el asunto atinente a la valoración psicológica mencionada por el *A quo*, atendía a un tópico de carácter terapéutico, no necesario para desentrañar el asunto, explayando tal argumento en la imposibilidad del ente acusador para conseguir el informe en cuestión.

⁴ CD. Audiencia de Verificación de Preacuerdo, Minuto 00:05:10

Posterior a ello, retomó el óbice principal de disparidad, donde expresó que la actuación adelantada por los sujetos procesales, y en particular por el ente persecutor al cual representa, fue ejecutada en honor al margen de movilidad y maniobrabilidad otorgado por la ley, respetando dentro de ello las garantías fundamentales y velando por la integralidad del núcleo factico que esgrimieron los elementos materiales probatorios obrantes en el proceso.

En colofón de sus afirmaciones, citó fallo de la Corte Suprema de Justicia en el cual afirmó la presencia de un caso análogo a los facticos acaecidos en el asunto STP 2554 de 2014, así como a la variación ejecutada por el ente acusador y la procedencia de la aprobación del preacuerdo celebrado, deprecando al *Ad quem*, la revocatoria de la resolutive planteada por el togado de instancia y en consecuencia el direccionamiento de orden tendiente a la aprobación del pacto y decanto procesal del fallo correspondiente.

3.2. Defensa como recurrente⁵

En principio, el defensor de AL elevó su alzada en función a la revocatoria del fallo emitido por el juzgador de instancia, manifestando así, en pro de su argumento, la comisión de errores evidentes de la judicatura en la valoración del preacuerdo bajo análisis y por ello deprecando la necesidad de su verificación por el tribunal en sede de apelación y su posterior aval en el asunto.

En tal sentido, citó como sustento de su recurso la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de radicado No. 4862018 del 28 de febrero de 2018, con Ponencia en cabeza del Magistrado Luis Antonio Hernández, a través de la cual, decantó la postura de que el juez de conocimiento tiene vedada la intromisión en los sustentos

⁵ CD. Audiencia de Verificación de Preacuerdo, Minuto 00:13:20

del escrito de preacuerdo o de la variación de imputación ejecutada por la fiscalía, salvo en escenarios donde se presente una vulneración a las garantías fundamentales de los implicados, situación que a su juicio, refirió ausente en el preacuerdo puesto a disposición de la judicatura.

Adujo que, en el caso de marras la fiscalía mediante la potestad y gama de maleabilidad otorgada por la ley, ejecutó una variación en la tipificación del delito a judicializar, tras hallar, a través de los elementos materiales probatorios y lo vislumbrado por parte de la investigación adelantada en el asunto, yerro latente en sus apreciaciones primarias, es decir, al encontrar que el delito imputado y consignado en el escrito de acusación no correspondía a los facticos acaecidos en la realidad, acto que *per se*, no vulneró garantías fundamentales al conservar el núcleo factico de origen y sustentarse en función a la evidencia recopilada en el asunto.

Finalmente iteró en que el cambio de tipificación se estructuró en virtud a lo vislumbrado por el médico legista, quien estableció la ausencia de penetración sobre la víctima y en tal sentido, la inferencia lógica encaminó los facticos a la presunción de actos de asedio tendientes a su posterior materialización sobre la menor; sin embargo, sin cristalización evidente para el señalamiento de un punible más lesivo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante del ente acusador y la defensa de MAAL contra el auto del 26 de octubre de 2018 emitida

por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco (Nariño), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Vía recurso de apelación, el abogado de la defensa y el fiscal delegado para el asunto, manifiestan su inconformidad con la decisión recurrida, exclusivamente frente a la improbación del preacuerdo celebrado entre el imputado y el ente acusador; no obstante, si bien ambas deprecaciones arremeten contra el papel del juez de conocimiento y su potestad para ejecutar un control material de los elementos de sustento del pacto en comento, así como de la intromisión en la potestad del persecutor para impartir variación de tipificación por fuera del acuerdo, existe en taxatividad, clara disparidad en el hilo argumentativo de cada alzada.

En tal sentido, el recurso impetrado por la fiscalía, en la oralidad de su argumentación, refiere la variación sobre la tipificación en función a la celebración del preacuerdo entre las partes, acto que *per se*, colige a la judicatura a analizar la naturaleza de las actuaciones que derivaron en el convenio bajo estudio y en tal sentido, desatar la legalidad de su ejecución, pues es de recordar que, si bien, el juez como actor neutral en el proceso debe guardar recelo ante un posible sesgo sobre una de las posturas del litigio, es su deber en sentido estricto el velar por la legalidad y salvaguarda de las garantías fundamentales en la integralidad de los procesos penales, acto bajo el cual, de decantar el análisis del *Ad quem* en la ejecución de una variación de imputación como beneficio punitivo del preacuerdo en contravía de lo preceptuado por la ley 1098 de 2006, estructuraría la firmeza para confirmar la decisión del juzgador de instancia; no obstante, de estructurarse tal supuesto en contrario,

sería menester para la Sala la revocatoria del preacuerdo en pugna, sin perjuicio esto de la intromisión de aspectos adicionales que cristalicen un fallo en distinto sentido.

De otro lado, la Defensa como recurrente plantea la ejecución de la variación de imputación en función a la comisión primaria de un delito por parte del ente acusador y su posterior corrección de acuerdo a las probanzas arrojadas por los elementos materiales probatorios de la investigación, en específico los referentes al informe del médico legista; situación ante la cual, es preciso analizar el límite del juez de conocimiento para verificar el preacuerdo, es decir, hasta qué punto está permitido que el operador judicial examine los pactos realizados entre las partes, cuestión que en esencia plantearía el segundo punto a desentrañar del asunto, pues se recuerda que el *A quo*, esgrime como óbice de la aprobación del preacuerdo la vulneración de garantías fundamentales por transgresión del núcleo factico acaecido, situación ante la cual, aunado al punto anterior, surca para la judicatura la necesidad de su análisis y zanja conceptual.

Corolario a lo anterior, se plantea para la Sala la necesidad de entrar a examinar si la inconformidad general de no aprobación del preacuerdo manifestada por los apelantes, en el asunto de AL, *ab initio*, tiende a prosperar en función a si, en el presente asunto ¿La variación de imputación obedece a un acto discrecional del ente acusador, o si se ve influenciada en función a la celebración de preacuerdo con el procesado? Y así mismo, si ¿el juez de conocimiento tiene la potestad de realizar un control sobre los soportes del escrito preacuerdo en virtud a la salvaguarda de las garantías fundamentales de los implicados? Premisa que *per se*, de proceder, decantaría en el estudio de si en el caso concreto ¿el

preacuerdo presentado vulneró las garantías fundamentales esenciales en tales pactos?

3. Asunto previo

Lo primero que se debe precisar, es que con ocasión al principio de competencia funcional en el recurso de apelación, la Sala solo se debe pronunciar con ocasión a los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente vinculados a éstos. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en SP 45223 del 20 de abril de 2016 dijo:

“...como lo tiene sentado la Sala, si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos por virtud del artículo 31 de la Constitución Política, en cuanto consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro de tal premisa entonces, el sentenciador de segundo grado debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales”. (Subrayas propias de la Sala)

4. De la Variación de la Imputación por parte de la Fiscalía en la Ley 906 del 2004.

En el Sistema Penal Acusatorio la imputación se alza como un acto formal de mera comunicación, a través del cual la Fiscalía anuncia al indiciado la hipótesis delictiva que se le endilga, relacionando para ello los hechos jurídicamente relevantes, no es necesario el descubrimiento de los elementos materiales probatorios que como sustento tiene el ente instructor para asignar la tipificación específica en virtud de la cual se adelantará la etapa procesal.

Prima facie, tal actuación compila uno de los presupuestos principales de la actuación penal, decantando en la alineación de las finalidades perseguidas en el proceso, es decir, vislumbrando el propósito perseguido por la Fiscalía y en sí mismo, las aseveraciones a desvirtuar por la defensa en el marco del punible imputado.

Al respecto, es el ente acusador como titular⁶ de la acción penal, quien se alza con la responsabilidad de generar la correspondiente imputación, esto, en plena sintonía con los fácticos acaecidos y su adecuación a las tipificaciones consignadas en el código sustantivo, siendo por tanto autónomo de señalar, con la sustentación respectiva, la adecuación punitiva a que haya lugar; surcando incluso tal potestad, en aquellos escenarios en los cuales la terminación del proceso emana de una modalidad distinta a la ordinaria, esto es, preacuerdos o principio de oportunidad aplicado al asunto.

No obstante, la interpretación jurisprudencial⁷ de los estatutos penales decanta en señalar la posibilidad de variación en la calificación de la conducta punible incoada al imputado, esto, toda vez se aduce que la misma, aun desde su acusación en el juicio,

⁶ Artículo 66 de la Ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 34282 del 02 de septiembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

surca como provisional; es decir, la calificación esgrimida desde la diligencia de imputación se establece como un referente del grado máximo de la misma, pudiendo en tal sentido, y bajo los preceptos legales correspondientes, variar en voluntad de los fácticos obrantes en el proceso, aclarando; sin embargo, que los hechos fruto de la acusación, deben permanecer incólumes, pues son la base que sustenta la congruencia en el desarrollo del asunto.

A ello, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha referido que:

“Sobre los hechos presentados por el acusador, entendidos como el relato preciso de un actuar humano penalmente relevante, no hay duda alguna que es inalterable y, en principio, no cabe posibilidad de corrección ni modificación; así lo ha enseñado nuestra jurisprudencia de manera pacífica.

Sin embargo, igualmente se ha aceptado que cuando los reparos se encuentran en la calificación jurídica de dichos hechos por no acoplarse a la realidad fáctica que aflora debido a la presencia de prueba sobreviniente o por error en la calificación, es factible modificarla en razón de la autorización introducida en la codificación procesal penal del año 2000, a través del artículo 404.

Esta norma fue introducida para permitir la modificación de la calificación jurídica efectuada en la acusación, cuando se presente alguna de estas dos situaciones:

1. Cuando por prueba sobreviniente cambie la realidad jurídica del proceso, y 2. Cuando se advierta que la calificación jurídica de la conducta efectuada por el ente acusador, no se corresponde con la realidad fáctica demostrada.

Sobre la primera hipótesis, es decir, cuando se soporta la variación de la calificación en prueba nueva, aducida, producida o incorporada luego de la resolución de acusación, no ha existido mayor discusión, pues el

novedoso hallazgo probatorio justificaría y posibilitaría una nueva calificación.

Mientras que sobre la segunda, varias posiciones jurisprudenciales han existido en la última década y bastante se ha discutido sobre si el yerro en la adecuación típica puede provenir de la equivocada apreciación de la prueba existente al momento de la acusación (antecedente) o de la errada selección de la norma aplicable.

*La tesis imperante en la actualidad es la adoptada por la Sala de Casación Penal en sentencia del 8 de noviembre de 2011 dentro del radicado 34.495, en la que se advierte que la variación de la calificación jurídica provisional es procedente aún sin mediar prueba sobreviniente, en los eventos en que se advierta un error en la imputación jurídica, el cual puede provenir de una errada selección normativa o del equivocado análisis de la prueba.*⁸

Tal planteamiento; sin embargo, no significa la vulneración de la lealtad procesal, el derecho de defensa o el principio de congruencia⁹, pues es de resaltar el carácter de provisionalidad que posee la calificación jurídica del punible, misma que si bien, tiene límites preclusivos específicos, permite la adecuación de lo imputado hasta la etapa en que se agotan los alegatos de conclusión correspondientes.

En tal sentido, es menester tener en cuenta que, desde el inicio de la fase investigativa, se busca obtener por parte de la Fiscalía la certeza, con base en los elementos materiales probatorios, de que el imputado es el autor o participe del delito investigado, acto que, una vez superado, permite al persecutor continuar con la indagación, pudiendo entonces surgir nuevos elementos probatorios que conduzcan a fundamentar el escrito acusatorio correspondiente,

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto. Rad. No. 34282 del 02 de septiembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁹ Artículo 287 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

y ello no obedece sino al principio de progresividad en el sistema penal acusatorio en virtud del cual basado en el grado de posibilidad se formula la imputación, pero como se continúa la investigación lo cual hace que se arrimen otros elementos que van a dar más solidez al ente instructor para presentar el escrito de acusación con un grado de probabilidad de verdad, respecto de la conducta imputada y por la que ahora se acusa, lo que le da firmeza al marco fáctico y jurídico en que se desarrollará el debate oral.

Por ello, dado este principio de progresividad, no es posible exigir a la FGN que al momento de formular imputación tenga total conocimiento de la forma como suceden los hechos y que por tal señalamiento estos sean inmodificables y definitivos, recordemos que en el proceso penal en virtud del principio mencionado va recolectando elementos que pueden llevar a tomar otra adecuación típica distinta.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal radicado 45647 de 5 de octubre de 2016 dijo:

“Entonces, la formulación de imputación comporta un condicionante fáctico de la acusación, del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, cuyo núcleo debe ser respetado, de manera que la Corte, más allá del principio de congruencia concretado desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso que se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia, con el propósito de que a lo largo de la actuación se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, sin que entonces la Fiscalía pueda adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP, 8 jul. 2009. Rad. 31280 y SP, 1° feb. 2012. Rad. 36907, entre otras).

(...)

Cuando surgen nuevos aspectos fácticos no contenidos en la formulación de imputación, es necesario ampliar tal diligencia o incluso

practicar otra de la misma índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregirla, no está facultado para alterar su núcleo fáctico”.

Observa la Sala que a la luz de la citada jurisprudencia, con la llegada de nuevos elementos que varíen la adecuación típica, el camino correcto es reformular la imputación con el fin de dar la oportunidad para la figura del allanamiento y que la defensa pueda enfilarse sus armas de acuerdo a esta nueva tipificación.

Continuando con el trámite ordinario del proceso penal, una vez descubiertos los elementos probatorios y surtida la práctica probatoria, se procede, con base en ellas, a emitir los alegatos conclusivos de la contradicción surtida bajo la oralidad, pues es aquí el espacio procesal para que el ente acusador, en cumplimiento a lo reglado por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, tipifique definitivamente la conducta por la cual se deprecará la condena a fin de brindar al juzgador un margen referente de aplicación del principio de congruencia entre los hechos y la solicitud de imposición punitiva.

Lo anterior, decanta en ratificar lo planteado en apartes superiores, pues se tiene que la calificación jurídica imputada es provisional hasta el momento en la cual se la arguye dentro de los alegatos de clausura, toda vez que es aquel, el escenario en el cual se solicita la imposición de condena con base en el tipo señalado.

Ahora bien, tras la aseveración de la potestad que posee la Fiscalía para variar la imputación durante el proceso penal en el sistema acusatorio, es de resaltar otro ítem relevante para el análisis del presente asunto, eso es, la competencia del juzgador de ejecutar

control material sobre tal variación; a ello, la judicatura ha preceptuado lo siguiente:

“En consonancia con tales máximas, tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento (arts. 250-4 Const. Pol., 336 del C.P.P. y 339 inc. 2º ídem). El acto de acusación ha de comprenderse como un ejercicio de imputación fáctica y jurídica, donde el Estado fija los contornos de la pretensión punitiva y delimita los referentes de hecho y de derecho en torno a los cuales se adelantará la discusión sobre la responsabilidad penal del procesado.

En atención de la estricta separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como de la garantía de imparcialidad judicial, el legislador no previó la posibilidad de que el juez efectúe un control material sobre la acusación. En un esquema adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una hipótesis inculpativa, al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica). De permitirse una tal supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular “teoría del caso” (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871). De igual modo resultaría afectada la imparcialidad exigible a quien únicamente tiene que juzgar el asunto, según los planteamientos del acusador. Solo a la Fiscalía compete la determinación del nomen iuris de la imputación (CSJ SP 6 feb. 2013, rad. 39.892).”¹⁰ (Subrayado por la Sala)

Por tanto, en salvaguarda de la propia estructura del sistema adversarial que surca en los escenarios de controversias penales, es claro que la intromisión del juzgador en la esencia de la labor fiscal, eso es, el papel acusatorio, decantaría en un juicio de valor tendiente a tomar partido en pro de una de las partes implicadas,

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 8666-2017, Radicado No. 47630, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

acto que de plano, contravía la imparcialidad que el togado debe poseer en su actuar y convencimiento, siendo entonces la regla general aquella que señale la imposibilidad del juzgador de ejercer control material del acto tratado, mismo que aplica tanto en el proceso ordinario como en el evento de la presentación de preacuerdos o fácticos de terminación anormal de un asunto.

4.1. Del Control Excepcional de Legalidad a la Variación de Imputación en los Preacuerdos.

Si bien, como se observa en el acápite previo, no es dable que el juzgador de instancia realice un control material sobre las acusaciones realizadas por parte de la fiscalía, pues tal función corresponde a una manifestación del poder acusatorio adjudicado en su calidad de órgano persecutor; no obstante, de manera excepcional la ley y la jurisprudencia¹¹ contempla escenarios en los cuales es dable la auditoria integral de tales preceptos tanto en las modalidades de terminación anormal del proceso, como en la línea ordinaria del mismo.

Al tema, ha esgrimido la Corte Suprema de Justicia:

“De conformidad con el criterio reiterado de la jurisprudencia, el juez no puede ejercer un control material sobre la acusación, puesto que la calificación del hecho punible es un asunto que es del resorte exclusivo del ente persecutor. Esta regla irradia de la misma forma los preacuerdos por ser equivalentes a la acusación. (Así se indicó en CSJ SP 14 jun de 2017., Rad. 47630, que a su vez cita la decisión CSJ, AP del 16 de octubre de 2013 rad. 39.886).

La única forma en la que el juez puede entrar a modificar la adecuación jurídica de la conducta, es porque advierta la violación de garantías

¹¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas. Sentencia del 16 de abril de 2015, radicado 79.041, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

*fundamentales, por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material, eventualidades conculcadoras del debido proceso en su componente de legalidad 1, por imposibilidad de adecuar los hechos a un tipo de injusto 2, o cuando se verifique un apartamiento absurdo entre lo fáctico y lo jurídico.*¹² (Subrayado por la Sala)

En tal sentido, únicamente, es dable la ejecución de un control de legalidad sobre las variaciones aplicadas a la calificación jurídica del punible perseguido en los casos jurisprudencialmente señalados, mismos que *per se*, contienen prerrogativas propias del sistema penal acusatorio, esto es, el respeto frente a los derechos y garantías de todos los sujetos procesales que surcan como partes e intervinientes en el proceso, acto que en legalidad, se complementa u obtiene base en lo contemplado por el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal; esto es:

“Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 3723-2018, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

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

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.” (Subrayado por la Sala)

En principio, se eleva como un presupuesto por el cual, en salvaguarda de las garantías fundamentales del procesado, el Juez en función de la legalización del preacuerdo o de la solicitud del principio de oportunidad, puede, verificar los tópicos internos del mismo, es decir, que además del control de legalidad propio del preacuerdo, es menester analizar que todo el contexto del allanamiento realizado se enmarque en el respeto de los preceptos protectores de los derechos de los implicados, y aún más, de las reglamentaciones atinentes a los límites o prohibiciones taxativas de la figura del preacuerdo.

En un caso similar, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal en decisión de tutela, con radicado 96135 del 30 de enero de 2018, confirma la decisión del Tribunal de Florencia que decretó la nulidad de un preacuerdo aprobado por el Juez de Conocimiento, en un delito de acceso carnal agravado que fuera readechado a acoso sexual agravado, sin la existencia de nuevos elementos materiales que llevaran a otra interpretación de los fácticos y ante la prohibición de la ley 1098 de 2006, en aquella oportunidad dijo:

“Así que las negociaciones solamente pueden llevarse a cabo con base en la adecuación típica y el núcleo fáctico por el cual se formuló la

imputación, ello con el fin de que, conforme lo señaló esta Corporación en la CSJ-SP, 12 sep. 2007, rad. 27759, «tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia –los términos de la imputación-, y cuál es el precio de lo que se negocia (...).».

De manera que la aceptación de cargos, que implica el preacuerdo, verse sobre los hechos y la conducta endilgada. Para que luego de ello, se precise el modelo de negociación que se haya pactado, a cambio de eso.

Ahora, si de la verificación de los elementos materiales recopilados, estos en realidad dieran cuenta de una situación fáctica diferente, que no se adecuara en el delito de acceso carnal abusivo sino, en otro u otros, verbigracia actos sexuales con menor de catorce años o acoso sexual agravado, debió variar la imputación y, sobre esa base, auscultar la viabilidad de un preacuerdo o allanamiento a cargos, para luego ponerlo en conocimiento del juez natural.

Máxime cuando en el acta de preacuerdo antes transcrita, el órgano persecutor, no menciona cuáles fueron esos nuevos elementos o razonamientos que modificaban la situación fáctica y por ende, la tipificación.

Además llama la atención que la fiscalía en su intervención dentro de la presente acción, deje entrever que fueron los mismos elementos materiales probatorios que sirvieron de fundamento para formulación imputación por el delito de acceso carnal abusivo, los que sustentaron, la modificación de la situación fáctica y los cargos.”

Y la misma Corte Suprema de Justicia, en fallo anterior sobre este primordial tema del control de legalidad de los preacuerdos, con radicado 47630 del 14 de junio de 2017 dijo:

“Dicho lo anterior cabe destacar que, a la luz del art. 350 inc. 2º del C.P.P., los acuerdos apuntan a la admisión de culpabilidad por el delito

imputado o uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o ii) tipifique la conducta de una forma específica, con miras a disminuir la pena. También, acorde con el art. 351 inc. 2º ídem, podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Por ello, si los términos de la negociación se ajustan a tales posibilidades, con respeto de las garantías fundamentales, al juez no le es dable improbar un preacuerdo bajo el prurito del control material sobre éste, como tampoco modificar motu proprio la adecuación típica. Sobre el particular, en reciente decisión (CSJ SP16933-2016, rad. 47.732), la Corte puso de presente que:

Por razón de los principios de igualdad de armas e imparcialidad, dentro del sistema adversarial con tendencia acusatoria, el fallador está impedido para imponer su propia percepción acerca del tipo penal a imputar, pues tal proceder, vulnera con suficiencia, el debido proceso de los diligenciamientos abreviados.

[...]

*Como bien queda claro en el rastreo jurisprudencial aquí citado, producida la acusación por parte del ente investigador o materializado el acuerdo entre las partes -fiscal y procesado-, el juez, por más que su criterio le indique que cierta adecuación típica es la que mejor se corresponde con los supuestos fácticos imputados, no puede tener ninguna injerencia en ella, sin contrariar el principio adversarial y la imparcialidad que le demanda el ejercicio del cargo, **salvo en aquellos casos en que el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico sea tal que raye con la ilicitud, lo manifiestamente ilegal o trasgresor de las garantías fundamentales mínimas.** (Negrillas de la Sala)*

Así, esta Sala de decisión se acoge al lineamiento por el cual, aunado a la responsabilidad del juzgador por la salvaguarda del debido proceso en las diligencias legales, se planta por mandato legislativo su intromisión primaria en los aspectos objetivos del preacuerdo, acto en principio ordinario frente a una verificación común; no obstante, de observar yerros o inconsistencias frente a

los tópicos generales del pacto, automáticamente se le faculta *ab initio*, a enfocar la mirada de la judicatura en el trasfondo y sustento del acuerdo bajo análisis, pues en esencia, ¿qué sería de un juez que calle e ignore la comisión de una transgresión legal?

5. De la figura del preacuerdo en el Sistema Penal Acusatorio – Ley 906 del 2004.

La agilidad y la economía procesal, surcan como pilares fundamentales en el trámite de los asuntos ejecutados bajo el Sistema Penal Acusatorio, pues ante todo, se busca la descongestión de los despachos judiciales y la prontitud en la administración de justicia, acto que *per se*, exige a los actores del proceso no solo ceñirse a los términos incoados en el código procedimental, sino además, implementar con la mayor efectividad posible las herramientas que permitan una adecuada pero expedita terminación de la etapa procesal de juzgamiento.

A ello que el título segundo de la Ley 906 de 2004 contempla la posibilidad de que el ente acusador y el procesado, puedan, en función de evitar un desgaste innecesario de la judicatura, concertar un pre acuerdo tendiente a la aceptación de los cargos imputados y a cambio, obtener la concesión de beneficio con afectación directa al quantum punitivo tipificado en la normatividad penal; sin embargo, tal potestad no significa la desmedida administración e impartición de acuerdos que vulneren los derechos de las partes en pugna, pues se trata de que aun con la aceleración del trámite jurisdiccional, se cumpla con los preceptos legales de la justicia penal.

A ello, se trae a colación lo preceptuado por el artículo 348 de la Ley 906 del 2004:

“Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.” (Subrayado por la Sala)

De la anterior cita, surge la necesidad de exponer con mayor exactitud los límites que surcan la elaboración de preacuerdos por parte de la Fiscalía, esto es, sobre los cuales el juzgador debe ejecutar el control objetivo para dar línea a su legalidad.

A ello, que el legislador en la redacción de las prerrogativas propias de la procedencia del preacuerdo bajo la ley 906 del 2004, aduce que la competencia para inmiscuirse en la profundidad del mismo por parte del juez de conocimiento, únicamente podrá avalarse en caso de vulneración de las garantías fundamentales, acto que *per se*, exige la precisión de los derechos invocados a fin de delimitar el marco de análisis que se prestará al asunto.

En consecuencia, se tiene que:

“(...) la Corte Constitucional intenta una formulación más compleja del concepto de derechos fundamentales, partiendo de la conjunción entre dignidad humana y libertad: “Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de

un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella (sentencia T-22212003, MP: Eduardo Montealegre L.)".

(...)

Sobre el punto concreto que es tema de esta obrilla, sería quebranto de garantías fundamentales, negarse el fiscal a discutir la posibilidad de una negociación, o negarla para un delito determinado por su naturaleza, o hacerlo extemporáneamente, o desatender las reglas que se deben tomar como referencias convenientes u obligatorias, etc...

De ahí, entonces, que el preacuerdo respeta integralmente el principio de legalidad, pues es este, al desarrollar el ordenamiento y determinar la órbita en que este surge y se perfecciona, el que le da legitimidad y operancia, máxime cuando el Estado hace rotundas y muy significativas concesiones en su poder punitivo.”¹³

Temática que se complementa por la Corte Suprema de Justicia, conceptualizando en tema de preacuerdos sobre la vulneración de garantías fundamentales de la siguiente manera:

“(...) Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites

¹³ Ramón Gustavo Gómez Velásquez, Fernando Alberto Castro Caballero, “Preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano”, Modulo de Aprendizaje, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Plan de Formación de la Rama Judicial 2009

*reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.*¹⁴ (Subrayado por la Sala)

No obstante, es de precisar que el deber de la judicatura frente al juzgamiento y análisis de los tópicos que componen el pacto entre el acusador y el procesado, por regla general, deben versar únicamente sobre el cumplimiento objetivo de los lineamientos que lo evocan como una justa forma de terminación del proceso, estando en tal sentido, prohibido para el juzgador, su intromisión en el aspecto material del preacuerdo.

Al caso, en cuanto a los límites de los preacuerdos, la Corte Suprema de Justicia ha referido:

“Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal”.

La Fiscalía no puede crear tipos penales para los hechos investigados, ni acudir a la ley tercia para adecuar los comportamientos en los preacuerdos.

Los hechos deben corresponder a la descripción legal previamente establecida, de esta legalidad es una manifestación el tipo penal, que se ocupa no solamente de la descripción de la conducta sino también de la pena principal y accesoria y de su ejecución (subrogados, sustitutos y prohibiciones).

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas, Providencia No. STP4470-2015 del 16 de abril de 2015, Rad 79041, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Bajo los supuestos señalados, los preacuerdos no pueden ser el instrumento para introducir modificaciones a las prohibiciones constitucionales o legales, regla contra la que atentan, entre otros supuestos, los beneficios dobles, cuando ha de pactarse “una única rebaja compensatoria por el acuerdo” (art. 351-2 del C de P.P.).”¹⁵
(Subrayado por la Sala)

Corporación que en misma providencia señala:

“La fiscalía no puede desbordar las facultades que le corresponden conforme a la naturaleza de la función que cumple. El ejercicio de aquellas en los preacuerdos constituye una expresión del debido proceso.

La Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005, precisó que la única potestad que tiene la Fiscalía en los pactos jurídicos del artículo 350 del C.P.P. es adecuar la conducta conforme a la tipicidad que estrictamente le corresponde.

[...]

Conforme a la línea jurisprudencial mencionada, los preacuerdos deben respetar la responsabilidad que equivale a la estricta legalidad o tipicidad demostrada en el proceso penal, así se decidió, en la sentencia C-1260 de 2005, por lo que el ámbito de movilidad para efectos de beneficios en tales negocios jurídicos corresponde a la punibilidad.

(...)

Obsérvese que la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 sobre la ilicitud cometida y por ende la responsabilidad que deviene de esa conducta punible, no admite que la Fiscalía la modifique, debe ceñirse a lo que la ley preexistente establezca. En el acto de

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 8666-2017 del 14 de junio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

adecuación estricta se define la culpabilidad del ilícito por el que se responde y en esos términos es que debe aceptarla el indiciado o acusado.” (Subrayado por la Sala)

Así, la necesidad de intervención de la judicatura frente al control material excepcional de los preacuerdos, se ve supeditada a la comisión de yerros referentes, entre otros tópicos, a una extralimitación o error del ente acusador con respecto a los beneplácitos concedidos en el convenio, esto es, un doble beneficio, un incumplimiento de prerrogativas legales o un apartamiento descabellado de los fácticos fruto de la pugna; situación tal, en la que se ve acreditados los presupuestos para que el Juez analice y garantice la prelación de los derechos fundamentales y el respeto al debido proceso, pues tal como explica la Corporación en cita, el preacuerdo es una expresión de la administración de justicia y debe hacerle honor y en mismo sentido evitar su cuestionamiento; en otras palabras, debe cumplir con la labor de impartir justicia bajo las mismas prerrogativas que lo sustentan como sistema acusatorio.

5.1. De los límites de los Preacuerdos bajo la óptica de la Ley 1098 de 2006.

Desde la mira constitucional, la Carta Política de 1991 conceptúa en sus artículos 44 y 45 la protección especial de los niños y adolescentes, decantando taxativamente una serie de derechos fundamentales con especial protección, prelación de aplicación y salvaguarda por parte de la comunidad y el Estado, entre ellos la premisa de que los integrantes del grupo poblacional en comento: *“Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la*

Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”¹⁶

En función a ello, bajo el pertinente desarrollo legal¹⁷ y jurisprudencial¹⁸, decanta la legislación la necesidad de estructurar un cerco protector a los niños, niñas y adolescentes más allá de la simple literalidad de la norma objetiva, influyendo tal prerrogativa directamente en el desarrollo y ejecución del sistema punitivo nacional, trasladando en tal sentido, las prerrogativas direccionadas a la promulgación de protección del grupo especial en mención a la activación de normas positivas en función a una prevención general de la vulneración de derechos sobre los niños, niñas y adolescentes.

“BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUVOS

Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307 literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶ Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991

¹⁷ Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” – Estipula lineamientos relativos a limitación de beneficios en el sistema punitivo en conductas de las cuales el sujeto pasivo del precepto normativo se materializa en un menor de 14 años.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-794 del 27 de septiembre de 2007, Mg. P. Rodrigo Escobar Gil; fallo atinente a la cristalización de los preceptos reglados por la ley 1098 del 2006 en el Sistema Penal Acusatorio de la Ley 599 del 2000.

3. *No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324 numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.*
4. *No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.*
5. *No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.*
6. *En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.*
7. *No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.*
8. *Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva. (...)¹⁹*
(Subrayado por la Sala)

Prima facie, se observa la postura del legislador frente a la eliminación tajante de beneficios para los actores de ciertas conductas punibles en las cuales el sujeto pasivo de la acción recaiga en la titularidad de un niño, niña o adolescente, pues expresa *per se*, el ánimo de reproche y exigibilidad de fortaleza punitiva en contra de aquellos individuos que vulneren una población bajo estricta y elevada protección estatal; no obstante, es menester resaltar con incidencia al asunto de marras, que si bien, el legislador proclama la supresión de todo beneficio en los casos ya descritos, no prohíbe la ejecución del preacuerdo como mecanismo de terminación anticipada del proceso, pues si bien, es claro el

¹⁹ Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.

mensaje estatal sobre la transgresión de los niños, niñas y adolescentes, también lo es el cumplimiento integral de las funciones de la pena consignadas en la legislación penal.

Se trae a colación, pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T 794 del 2007:

“Significa lo anterior, que frente a la violencia intrafamiliar y particularmente frente a delitos de alto impacto como son los sexuales que atentan contra los derechos humanos fundamentales de los niños, en donde el desequilibrio de poder, temor y vulnerabilidad de las víctimas es evidente, no deben permitirse este tipo de negociaciones entre el fiscal y los acusados. Flaco favor se hacía a la justicia, cuando la pretensión de celeridad y agilidad en el marco del proceso público y oral, propiciaba espacios de desprotección y revictimización de los niños.

Era evidente que en delitos tan execrables como el acceso carnal abusivo con menores de 14 años, gracias a los acuerdos entre fiscalía y defensa, y particularmente con base en beneficios de confesión, se producían condenas irrisorias que fácilmente alcanzaban a poner en entre dicho los beneficios de la justicia reparatoria y generaban desconfianza respecto del sistema de justicia. Según cifras de la Fiscalía en el primer año de implementación del sistema acusatorio, en Bogotá y el Eje Cafetero se adelantaron 13.000 investigaciones por estos delitos, de las cuales llama la atención fueron conciliadas 7000, precluidas 2000, vinculados 48 casos y sólo 4 sentencias fueron condenatorias.”²⁰ (Subrayado por la Sala)

En tal sentido, se establece la figura del preacuerdo reglada por la ley 599 del 2000 bajo el velo de la ley 1098 de 2006, la prohibición expresa de concesión de beneficios en los asuntos donde concurren los punibles determinados en el artículo 199 de tal normatividad,

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-794 del 27 de septiembre de 2007, Mg. P. Rodrigo Escobar Gil.

incluyendo bajo todo ámbito lo referente a la integralidad de los fácticos del preacuerdo, en otras palabras, dando una protección vinculante a la generalidad del proceso y en sentido laxo, incluyendo tal prerrogativa dentro de las garantías fundamentales al cuidado del Estado en este tipo de pactos.

Siguiendo tal argumento, es necesario tener en cuenta uno de los principales pilares del preacuerdo en el sistema penal acusatorio, esto es, la imposibilidad por parte del ente acusador, de elaborar un preacuerdo que modifique en cualquier sentido el núcleo factico de las probanzas del proceso, es decir, tanto al interior del pacto como en sus aristas externas como la variación de la imputación, es menester para la legalidad del preacuerdo, se mantenga intacto el núcleo de los hechos fruto de investigación, pues se plantearía irrisorio, estructurar un acuerdo que desconozca la realidad de los sucesos judicializados, aún más, porque tal variación injustificada, en un delito como el tratado en el presente caso (con prohibición legal de transacción bajo preacuerdo), decantaría en una posterior conmutación de tipificaciones y en consecuencia en la concesión de dádivas al procesado.

6. Caso Concreto

Al caso de marras, se estructuraron los problemas jurídicos a considerar a través de tres interrogantes principales que entrañan la integralidad del asunto en pugna, acto por el cual, el grueso argumentativo legal y jurisprudencial vertido en los acápites superiores, dan respuesta a las generalidades de tales preguntas, acto que *per se*, colige a este cuerpo Colegiado a zanjar la temática precisa al caso en cuanto a la procedencia o improcedencia de la decisión adoptada por el juzgador de instancia en función a la

legalidad o ilegalidad del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y AL.

De ello, es claro para la Sala que en el presente asunto, la pugna principal frente al fallo esgrimido por el Juez de instancia, radica en la variación de la imputación que, a dichos del fiscal, tuvo lugar con anticipación y apartamiento del preacuerdo celebrado, y en consecuencia de ello, la prohibición taxativa de la concesión de dádivas frente a los punibles con especial velo legislativo de la ley 1098 del 2006.

En principio, teniendo en cuenta que las disparidades conceptuales del asunto decantan una de la otra, corresponde a la Sala tratar lo referente a la variación de la imputación ejecutada por el ente persecutor en el presente asunto; de ello, se recuerda que tal acto, surca como un carácter inmerso en el espectro de acción discrecional del ente acusador, mismo que a su vez, se ve reglado y limitado por prerrogativas penales en velo de las garantías fundamentales del asunto y sus partes, entendiendo en tal sentido que, la modificación de las conductas típicas por las cuales se inicia la acción penal, procede toda vez que las probanzas y complementaciones fácticas del asunto arrojen la necesidad de su conmutación, es decir, que tal convalidación, surja sin la alteración del núcleo fáctico inicial y en respeto de la legislación vigente al tema, en virtud a la lealtad del acusador, el debido proceso y el sistema adversarial que tiene por estandarte la ley 906 del 2004.

Consecuencia de ello, en articulación de lo reglado por la ley de infancia y adolescencia, al presente caso, es menester para la judicatura dar especial recelo a las modificaciones que incidan directamente con el quantum punitivo a aplicar para el responsable de la conducta judicializada, esto es, la salvaguarda integral del

proceso en pro al respeto de la legislación y los derechos fundamentales que la misma protege.

En tal sentido, es pertinente señalar que en el asunto, se tiene la presunta comisión de actos sexuales repetitivos por parte del señor AL en contra de una menor de 14 años, situación que de las probanzas procesales extraídas del expediente²¹ de primera instancia, esgrimen la ejecución repetitiva del acto reprochable, aunado esto a la presunta materialización del mismo sobre otras menores de edad y la manifestación del médico legista que, si bien, indica la ausencia de penetración por verificación de himen intacto, decanta en un pronunciamiento que no verifica en su totalidad los hechos, pero que tampoco desvirtúa los señalamientos de la menor.

Así, es evidente la procedencia del actuar desplegado por el *A quo*, pues la variación de imputación ejecutada por el Fiscal delegado, *prima facie*, afecta sustancialmente las finalidades perseguidas por el sistema penal, afecta flagrante e ilegalmente las garantías fundamentales y aún más allá de ello, transgrede los límites de la figura del preacuerdo al camuflar bajo un velo de legalidad una actuación rechazada por el legislador.

Respecto a ello, se cita dos apartes proporcionados por el ente acusador, el primero, cita directa del escrito de preacuerdo y el segundo, como extracto taxativo de la argumentación oral decantada de la apelación del mismo funcionario.

“Formulación de la imputación: Teniendo en cuenta que de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en el curso de la indagación, podía inferirse razonablemente que el señor MAAL podía ser autor de la conducta

²¹ Folios 8, 68, 77 a 80, 81 a 82 y 87 a 89 del Cuaderno de Primera Instancia.

punible investigada, la Fiscalía formuló la imputación en contra de aquel en calidad de autor material a título de dolo de la conducta punible de Actos sexuales con menor de 14 años.

Variación de la imputación: De acuerdo con una lectura detenida de los distintos elementos materiales probatorios recolectados hasta la presente, en especial del informe pericial de clínica forense, en el cual en el punto de ANALISIS, INTERPRETACION Y CONCLUSIONES señalo puntualmente: “al examen físico región anal y genital sin evidencia de lesiones recientes, himen anular integro no dilatado...”. Este dictamen fue rendido por la médica INGRID GISED CAICEDO SANCHEZ adscrita al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Unidad Básica Delitos Sexuales” de la ciudad de Bogotá. En atención a que se conserva el núcleo fáctico por el cual se ha vinculado al señor MAAL a la presente investigación, la Fiscalía de manera unilateral y sin que ello constituya preacuerdo, se permite variar la imputación inicial, considerando en este caso que no se imputa el delito de actos sexuales con menor de catorce años, sino el tipo penal de acoso sexual previsto en el ar. 210-A del C.P., pues si bien es cierto se mencionó de unas manipulaciones eróticas, también lo es que según el informe técnico mencionado allí se señaló que la menor presenta “...himen anular integro no dilatado...”, lo que implica que los actos fueron superficiales y lo que el imputado buscaba finalmente era sostener una relación sexual con la niña identificada como L.F.C.E. a través de esos actos y de la entrega de dadas, tal como lo refieren los elementos materiales probatorios, prevalido para ello de su mayor edad y experiencia, entendiéndose así que se trató de un acto de asedio físico hacia la menor, dirigido a conseguir fines sexuales no consentidos, como lo es obtener finalmente una relación sexual con dicha menor, por lo que entonces se presentan todos los elementos normativos de la referida conducta punible de Acoso Sexual que se estructura mediante la ocurrencia de ese asedio a que fue sometida la menor.”²²

²² Folio 91 del Cuaderno de Primera Instancia, Acta de Preacuerdo.

Paréntesis de lo cual, a fin de vislumbrar el argumento de la judicatura, tanto en primera como segunda instancia, se cita los tipos penales en comento:

“Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5).

(...)

Artículo 210 A. Acoso sexual. El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

(...)

Artículo 212. Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”²³ (Subrayado y negrilla por la Sala)

En tal sentido, dentro del apartado ilustrativo de los tipos penales implicados en el presente asunto, vislumbra esta Corporación la clara diferenciación entre los mismos en función a los verbos rectores y aclaraciones legales, entendiéndose entonces que la materialización de la conducta del artículo 209 no depende de la ocurrencia de una “penetración” del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, sino simplemente de la ejecución de actos sexuales diversos al acceso carnal (conceptuado por el artículo 212 en cita), obsérvese

²³ Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano.

que el solo hecho de que el menor presencie dichos actos es sancionado por el legislador, situación que *per se*, decanta en una adecuación ampliamente apartada de lo tipificado como acoso sexual, dado que en este último, son insinuaciones repetidas que causan molestia a la víctima, que conllevan una pretensión pero que no alcanzan la consumación de la misma²⁴.

En otras palabras, las conductas mencionadas tienen su materialización de la siguiente forma: (i) el acceso carnal²⁵ con la “penetración” completa o incompleta²⁶ del agresor sobre la víctima; (ii) los actos sexuales²⁷ con la ejecución de actos sexuales diversos al acceso carnal²⁸ pero con incidencia física sobre la víctima y el (iii) acoso sexual con actos que se encaben en acoso, persecución, hostigamiento, asedio físico o verbal con finalidades sexuales sobre la víctima; prerrogativa ante la cual, si bien se planta una delgada línea entre una y otra conducta punible, es de lógica interpretación que la distinción entre uno y otro radica en la ejecución de actuaciones directas de índole sexual en contraste a actos tendientes a obtener una finalidad sexual sin consentimiento de la víctima.

Lo anterior, previo al análisis integral del tópico, se remata con la manifestación realizada por el Fiscal Delegado en sede de apelación:

“(...) en este caso su señoría creemos sensatamente que los hechos corresponden fácticamente a lo que se ha podido establecer inicialmente tengamos en cuenta que esta investigación, que las indagaciones periciales, las investigaciones se adelantaron en la ciudad de Bogotá y llegaron

²⁴ CSJ Sala Casación Penal Radicado 49799 de 7 de febrero de 2018

²⁵ Artículo 208 de la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano.

²⁶ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP-6662017 del 25 de enero de 2017, Mg. P. Eyder Patiño.

²⁷ Artículo 209 de la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano.

²⁸ Artículo 212 de la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano; por el cual se hace aclaración sobre la interpretación del termino de “acceso carnal”

*incompletas a la Ciudad de Tumaco, atendiendo a que se requiere un mínimo probatorio, se consideró suficiente entonces esos soportes, su señoría, para efectos de tipificar el delito que en un momento dado se imputó y por el cual luego se acusó, sin embargo como la fiscalía tiene un margen de maniobra para poder pre acordar por eso justamente se hizo la variación teniendo en cuenta como soporte fundamental el dictamen de la médico legista que señaló que no hubo ningún tipo de manipulación sexual, simplemente se trataban de asedios físicos de acosos, de allí que pues atendiendo esa opción, se decidió pues modificar el delito de acto sexual a acoso sexual debidamente convenido con el señor defensor (...)*²⁹ (Subrayas y Negrilla por la Sala)

De lo anterior, es clara la manifestación del apelante en cuanto a esgrimir que la variación de la imputación se erige en función al preacuerdo celebrado por las partes, es decir, *prima facie*, se presenta una transgresión de garantías fundamentales al admitir la ejecución de una conmutación típica ajena al núcleo fáctico, estipulada en virtud a la firma de un pacto, que aunado a todo, se plantaría como ilegal, pues tal adecuación punitiva no surcaría como externa al preacuerdo, sino en contrario, inmiscuida en el mismo y por tanto ilegal a la luz del artículo 199 de la Ley 1098 del 2006.

Y es tan claro que el cambio se produce producto de preacuerdo entre las partes, que no hubo elementos materiales nuevos que llevaran al ente investigador a cambiar la adecuación, sino como lo dice la jurisprudencia citada, con los mismos elementos con que formuló imputación y presentó escrito de acusación es que presentado el preacuerdo está realizando la nueva adecuación típica que cambia sustancialmente el núcleo fáctico que como se ha dicho en línea pacífica debe ser inalterable, y que para el caso conlleva una rebaja punitiva en un delito cuya víctima es una menor de escasos 8 años de edad, resultando vulnerada la prohibición de la Ley 1098 de 2006 sobre el tema.

²⁹ CD. Audiencia de Verificación de Preacuerdo, Minuto 00:05:10

Ab initio, es claro el desenlace que determina esta providencia en función a la presencia del yerro insubsanable ya mencionado; no obstante, en virtud al deber que a esta Sala colige, es menester zanjar la totalidad de argumentos dispuestos por los apelantes en las alzadas propuestas.

Así, conculca a la mira jurisdiccional el sustento jurídico bajo el cual el Fiscal Delegado del asunto aduce la procedencia de su argumento sobre la contraposición de improbación referida por el *A quo*, siendo que el persecutor y apelante, esgrime la necesidad de apego al fallo judicial STP2554-2014 del 27 de febrero de 2014.

En la decisión judicial en comento, se tiene la presencia de un caso aparentemente análogo al tratado en la presente providencia, surcando en su interior el decanto analítico jurídico de las limitaciones del juez de conocimiento ante las imputaciones y preacuerdos ejecutados por el ente acusador y el procesado, así como la necesidad de separación de roles que exige el Sistema adversarial de la Ley 906 del 2004; no obstante, es de recordar que el estudio y confrontación de las prerrogativas legales con los fácticos de cada asunto, vierten en la judicatura el deber de judicialización en función a las particularidades que al momento se presenten.

A ello, se tiene de la sentencia en cita, el control material del preacuerdo tanto por la primera como segunda instancia del proceso, bajo el argumento de la ausencia de relación fáctica y jurídica de la imputación propuesta por el persecutor, acto que en principio, decantaría en vislumbrar igualdad en materia procesal a lo tratado en el presente fallo; sin embargo, en el asunto que nos concita es claro que más allá de un cambio de postura, la presencia

de un crecimiento jurisprudencial complementado por el paso del tiempo, pues en Sentencia STP1009-2018 del 30 de enero del 2018 con radicado 96135 ya citada, itera en la potestad de la Fiscalía para ejecutar la adecuación típica correspondiente, pero a su vez, se planta enfática en delimitar la actuación del persecutor en el respeto de sus propios lineamientos y en sentido lato, avala la salvaguarda legal integral por parte del juez natural del asunto en escenarios donde se avizore una flagrante transgresión de garantías esenciales, recordemos que se hace énfasis en que la variación debe obedecer a nuevos elementos allegados a la investigación, no los mismos que ahora para justificar el preacuerdo les da otra interpretación.

Se extrae de la providencia en comentario:

“(…) Además que, la distinción entre la materialización de un delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos, y uno de acoso sexual, estriba en los alcances de lo ejecutado por el agente.

7.4.5. Razones de más, para considerar que esta confusa actuación, debe ajustarse al procedimiento antes indicado y, por tanto, fue correcta la decisión impugnada, en cuanto decretó la nulidad del preacuerdo y dejó sin efectos la sentencia del 6 de julio de 2017.”³⁰ (Subrayas y Negrilla por la Sala)

Así, es claro que el argumento de aval por parte de la Corte en mención, radica en la legalidad y rectitud que debe ser insignia en todos los aspectos que enmarcan al proceso penal y sus intervinientes, aún más, cuando si bien, la Ley 906 del 2004 ha separado las funciones jurisdiccional y acusatoria, ambas dependen en esencia del brazo Estatal y por tanto deben ser pilar de la

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia STP 1009-2018 del 30 de enero de 2018, Mg. P. Fernando León Bolaños Palacios.

materialización del debido proceso, garantías fundamentales y especial recelo en la protección de grupos de especial salvaguarda.

En tal sentido, itera este Tribunal en el criterio de la primacía de las garantías fundamentales y el velo rector del juez de conocimiento para proteger el desarrollo integral del proceso bajo los límites propuestos a su cargo y en función a las entidades involucradas, recalcando la responsabilidad que se encuentra a hombros del órgano acusador y que *per se*, de ello, debe respetar y hacer valer ante todos los asuntos en cuestión, sin que tal planteamiento se interprete como una ejecución justiciera de la normativa, sino en contrario una aplicación justa de las prerrogativas legales, como una aplicación excepcional del control que el Juez puede realizar en materia de preacuerdos.

Finalmente, el único tema que se planta como necesario al análisis de la judicatura es la manifestación del abogado defensor, como recurrente del auto interlocutorio que negó la aprobación del preacuerdo a favor de AL. En tal punto, el óbice de su argumento se planta en la comisión de un error en la imputación de cargos y posterior señalamiento en escrito de acusación por parte del ente persecutor, es decir, que la variación ejecutada en el preacuerdo presentado al juez de conocimiento, se realizó en función a la subsanación de yerro cometido en instancias preliminares.

Aunado a ello, itera la Sala en lo consignado en los acápites previos sobre la imposibilidad de control material ordinario por el *A quo*, en aspectos tan íntimos de la Fiscalía como la imputación, acusación y los preacuerdos; no obstante, es de recalcar que el argumento del defensor se planta vacío al contrastarse con lo esgrimido por su contraparte en su alzada, donde manifiesta flagrantemente que la variación no fue fruto de un error de adecuación típica, sino por el

contrario, se elevó en función de la celebración del preacuerdo, situación que se itera como un acto ilegal y transgresor de las prerrogativas que estructuran el derecho penal y la totalidad de sus aristas.

Solo por referencia conviene hacer alusión a la sentencia reciente de la Corte Constitucional SU 479 de octubre 15 de 2019 donde claramente señala que para obtener los beneficios del artículo 56 del código penal en tema de preacuerdo se debe tener un mínimo de elementos materiales probatorios que permitan establecer que el acusado obró como consecuencia de aquellos aspectos modificadores de la culpabilidad, señalando que los jueces de conocimiento son también jueces constitucionales y que en tal virtud deben velar porque se cumplan los fines establecidos para los preacuerdos, diferenciando entre un control pleno e ilimitado de un control de límites constitucionales, entre las conclusiones de aquel fallo se dijo:

“Lo anterior, indica que (i) la tipificación preacordada no puede carecer de relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación y, además, (ii) el preacuerdo debe respaldar los hechos jurídicamente relevantes por los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan.

En efecto, un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del C.P.), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005.

Los jueces penales son también jueces constitucionales, por lo que están llamados a proteger los derechos fundamentales y los principios constitucionales al solucionar las controversias que se les presenten. Por esta razón, su intervención al realizar el control de un preacuerdo celebrado por la fiscalía no se limita a la verificación de aspectos formales, sino que se extiende a la verificación de que el mismo cumple los fines que el legislador previó para el empleo de este mecanismo (artículo 348 del C.P.P.); respeta las garantías fundamentales (inciso 4 del artículo 351 y artículo 368 del C.P.P) y otros límites previstos por el legislador y, en general, garantiza los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal.

Al verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los preacuerdos, lo que el juez penal realiza es un control material, no solo porque en virtud de su rol de juez constitucional le corresponde verificar que no se transgredan principios constitucionales y derechos fundamentales, sino porque la misma Ley 906 de 2004 al regular la figura, dejó claro que los preacuerdos debían respetar las garantías fundamentales, siendo algunas de ellas el principio de legalidad; los derechos fundamentales de las partes intervinientes y los fines del artículo 348 del estatuto procesal penal.”

Colofón de lo anterior, una vez zanjados todos los aspectos referentes a las apelaciones concebidas por la Defensa y la Fiscalía, procede este Tribunal a declarar la legalidad de la actuación del juez de primera instancia, pues obra en claridad la vulneración de garantías fundamentales por la actuación desplegada por el ente acusador, sentido en el cual, a principio, conculca al delegado del mismo para el asunto a dar un velo estricto a sus responsabilidades como principal de la acción penal en un caso de especial recelo como el que a este análisis se presenta, y a consecuencia de ello, dispone resolver en respaldo del fallo del *A quo*.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, 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,

RESUELVE:

1°. **CONFIRMAR** en su integralidad el auto interlocutorio que improbo el preacuerdo celebrado entre el procesado AL y el ente persecutor, en virtud de las razones aducidas en la parte considerativa.

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario