



## SALVAMENTO DE VOTO

1.- Con el respeto que merece la decisión de mayoría, consigno a continuación las razones que me llevan a separarme del proveído del pasado 16 de diciembre, que revocó el auto del 22 de septiembre, virtud del cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín de los Llanos, improbió el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y **José Yesid Becerra Quiñonez**, imputado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y dispuso, a cambio, la aprobación del convenio y dar curso al trámite correspondiente.

2.- Al efecto, como se trata del mismo tema examinado en el Rad. 500016000000201600101-01, replico como argumentos de mi salvamento, los mismos que expresé frente a esa decisión, los cuales son del siguiente tenor:

“3.- A través de mi disenso, no pretendo desconocer los principios vigentes en el proceso que se rige por el sistema de tendencia acusatoria, de manera particular, el referido a la separación de funciones entre acusación y juzgamiento, del que también depende el de la imparcialidad del juez, los cuales le impiden ejercer control sobre la acusación presentada por la Fiscalía en su escrito y verificada en la audiencia respectiva, o conforme con los términos que fijan las partes en los acuerdos que suscriban para terminar en forma anticipada el proceso. Tampoco ignoro que resulta determinante para este modelo procesal, la necesidad de que buena parte de los casos finalicen en forma anticipada, pues, de otra manera, si todos tuvieran que agotar el trámite ordinario,



el sistema colapsaría, teniendo en cuenta que ningún país cuenta con los recursos económicos y la infraestructura requeridos para desarrollar esa vasta y dispendiosa labor, por lo que al Estado se le impone adoptar políticas tendientes a satisfacer la demandas de eficiencia que en ese contexto del derecho procesal penal reclaman la sociedad contemporánea, *“en la cual se promueven un estilo de vida y una forma de organización social esencialmente consumistas, masificadas, dependientes de las ofertas de las grandes corporaciones y orientadas por la celeridad y el efficientismo, hasta en las conductas más simples”*, según lo describe el profesor Ricardo Molina López, citando al sociólogo Zigmunt Bauman<sup>1</sup>, lo que, en últimas, continuando la idea del tratadista, genera sensibles modificaciones en el propósito tradicional del proceso penal, pues *“la determinación de la responsabilidad penal de un autor individualizado frente a una conducta punible, luego de la búsqueda y construcción de una verdad material, deja de ser su propósito fundamental, para orientarlo a la construcción de una verdad formal, negociada entre las partes”*<sup>2</sup>.

4.- Sin embargo, en ese escenario, el de los preacuerdos, no todas las propuestas que se presenten en orden a lograr la pronta terminación de los procesos y mejores índices en la prestación del servicio, resultan plausibles, pues allí también se impone el sometimiento estricto a la Constitución, a la ley, así como a los principios rectores y las garantías procesales alusivos al respeto

---

<sup>1</sup> Véase el artículo del citado autor denominado “La McDonalización del proceso penal (la indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva)”

<sup>2</sup> Ib.



por la dignidad humana, el derecho a la igualdad, la legalidad y el muy diciente, pero poco empleado, de los moduladores de la actividad procesal, conforme al cual *“En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.”*

5.- En tal orden de ideas, considero desafortunada la conclusión de la Sala, según la cual, como la conformidad negociada de la responsabilidad se hace depender tan solo del otorgamiento de la prisión domiciliaria, siendo facultad de la Fiscalía celebrar el convenio, el juez no debe determinar si se cumplen los requisitos legales para conceder el sustituto punitivo. De cumplirse los presupuestos de la figura – añade la decisión – sería un derecho del acusado y no podría ser objeto del convenio, ya que no recibiría ningún beneficio a cambio de la aceptación de los cargos.

Al respecto, téngase en cuenta que el poder con que cuenta la Fiscalía en punto de los preacuerdos, no es ilimitado, conforme lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005, en la cual examinó las facultades con que cuenta el fiscal al momento de celebrar un preacuerdo con la defensa, desde la audiencia de formulación de la acusación, más exactamente, la posibilidad de que *“Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”*, en los términos del artículo 350-2 de la Ley 906 de 2004, frente a lo cual precisó que tal posibilidad se ajusta a la Constitución de manera condicional, en tanto *“la facultad otorgada al fiscal de*



*tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o, en una relacionada de pena menor.”*

De igual modo, por cuanto al analizar, en la sentencia C- 516 de 2007, el tema referente a la intervención de las víctimas en los acuerdos y negociaciones, la Corporación consideró ajustados a la Constitución los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, referentes todos ellos a los mencionados acuerdos y negociaciones, aun cuando de manera condicionada, precisamente, en razón de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. En ese contexto, la Corte puntualizó que: *“Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento*



*cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°)."*

Del mismo modo, en punto de los límites existentes a la suscripción de acuerdos, en concreto, en casos de ciertos delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes, en la sentencia T-794-07, refirió:

*"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.<sup>3</sup>*

A lo anterior, agrega el suscrito, debe sumarse los eventos en los cuales la ley expresamente prohíbe la suscripción del acuerdo, en concreto el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor, en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

En resumen, y haciendo propias las palabras de la Corte Constitucional, en materia de acuerdos y preacuerdos se tiene lo siguiente: *“(i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tomada en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene*

<sup>3</sup> Ponencia presentada por la Defensoría del Pueblo en el marco de la discusión legislativa de la Ley de Infancia.



*derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos.”*

En esas condiciones, no obstante que a la Fiscalía le compete la facultad de acordar con el imputado o acusado, la terminación pronta de la actuación, mediante acuerdos con los que el procesado acepte su responsabilidad, dicha facultad tiene límites, establecidos directamente en el ordenamiento, o por los dictados de la razón y de la lógica, que a su vez le permiten al juez guiar su función a la hora de ponderarlos, para avalarlos y dictar el fallo anticipado que se le solicita o, por el contrario, negarlo si advierte violación de las garantías fundamentales.

Así lo ratifica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ( ), en los siguientes términos:

*“Otra de las alternativas al juicio oral que también depende en gran medida de la discreción del órgano acusador, es la negociación de la culpabilidad del procesado (arts. 348-354 C.P.P./2004). Esta consiste en un acuerdo entre la Fiscalía y el imputado (o acusado) para la conclusión abreviada del proceso, mediante el cual este último se allana a los cargos a cambio del reconocimiento de consecuencias punibles más benignas a las que correspondería al delito en aplicación estricta del principio de legalidad. Aunque el inicio y el resultado de la negociación es facultativo de la Fiscalía, su*



*aprobación definitiva queda en manos del juez de conocimiento, quien habrá de verificar el respeto de las garantías fundamentales, tal y como lo prevé el artículo 351 ibídem.”*

...  
*Todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, tanto las que provienen de alguna forma de discrecionalidad de la Fiscalía (oportunidad en sentido estricto y la negociación de culpabilidad), como las que son consecuencia del principio de legalidad (preclusión y absolución perentoria); deben someterse a la decisión de los jueces, quienes podrán aprobarlos y dictar la providencia que ponga fin al proceso o simplemente negarlos cuando no reúnan los requisitos legales que sean exigibles.”*

Valga precisar que en este fallo la Corte, además, varió su jurisprudencia frente al tratamiento que se daba a las solicitudes de absolución postuladas por la Fiscalía, en el sentido de que, en adelante, *“se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral”*<sup>4</sup>; consideración que apuntala el aserto de que las facultades del ente investigador, como titular de la acción penal, para disponer de la misma, no son ilimitadas, como considero parece darlo a entender la decisión de la que me aparto, en tanto, valga reiterar, corresponde a los jueces aprobarlos y dictar la providencia que ponga fin al proceso o simplemente negarlos cuando no reúnan los requisitos legales que sean exigibles.

---

<sup>4</sup> Artículo 162-4 C.P.P./2004.



6.- Por otra parte, tampoco considero acertado sostener que el juez no debe determinar si se cumplen los requisitos de procedencia de los subrogados o sustitutos penales, cuando tales mecanismos constituyen el objeto de la negociación, entendiendo que se negocia aquello a lo que no se tiene derechos.

En este punto, conforme con los argumentos precedentes, se entiende que los acuerdos deben respetar el principio de legalidad, conforme lo determina la sentencia C-059/10, en tanto precisa que *el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible, y que a los hechos invocados en su alegación conclusiva, no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.*

Así, también, lo tiene precisado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (SP13939-2014), en cuanto refiere que **“En términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido “crear tipos penales”, y que “El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales”**, circunstancia que, claro está, debe ser verificable en forma objetiva. Este aspecto, lo refuerza la Corte señalando que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004. Solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales, postura



actual de la Corte que sigue la línea trazada en las decisiones CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436, y SP 14191-2016 Rad. 45594.

En ese contexto y a título meramente ejemplificativo, agrega la Corte, ***‘la intervención del juez, que opera excepcionalísima, 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 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’.***

Como bien puede advertirse, se trata de eventos paradigmáticos, no de una relación exhaustiva ni mucho menos taxativa, de manera que la decisión mayoritaria se equivoca al referir que el apartado jurisprudencial parece envolver una contradicción, en tanto opta por permitir *“la intervención del juez cuando no se cumplen los requisitos objetivos para el otorgamiento de un subrogado, pero luego acepta que la prisión domiciliaria y la suspensión condicional, pueden ser objeto de acuerdo y de igual manera destaca que se privilegia la naturaleza y finalidades de los preacuerdos, sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de la justicia de la víctima (sic).”*



A mi criterio, no existe tal contradicción, pues la Corte Suprema y también la jurisprudencia constitucional, propenden por resaltar el principio acusatorio dimanado de la división de funciones de acusación y juzgamiento, merced al cual, el juez, **por regla general**, no puede hacer control material de la acusación o de los acuerdos, pero, **excepcionalmente**, debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes, y, precisamente, una situación que revela el desconocimiento manifiesto de las garantías fundamentales, desde la óptica de los intervinientes (léase víctimas), es la concesión al acusado de beneficios a los cuales no tiene derecho, que en la ejemplificación dada por la Corte admite la intervención excepcional del juez para rechazar el acuerdo cuando **no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado.**

Lo anterior teniendo en cuenta que los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado, deben, además, regirse por los principios de la buena fe y la lealtad procesal, por lo que **todo aquello que constituya su objeto, que no viole garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley,** ha de ser incorporado de manera integral al acta correspondiente, de la manera más clara y precisa posible, pues tales acuerdos no pueden servir para sorprender o engañar al imputado o acusado, tampoco para afectar las garantías de las víctimas. De allí que la propuesta fiscal debe ser seria, concreta, inteligible y con vocación de aceptación por parte del juez de conocimiento<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. CSJ SP Jun. 1º de 2006, Rad. 24764.



Ahora bien, según las normas pertinentes de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos pueden consistir: i) en la simple aceptación de los cargos formulados, en cuyo caso el procesado se hace acreedor a que *“la pena imponible”*, la cual, a modo de contraprestación, se le rebaje en una proporción fija (artículo 293 y artículo 351, inciso primero); ii) en negociaciones *“sobre los términos de la imputación”* (artículo 350, inciso primero) o *“sobre los hechos imputados y sus consecuencias”* (artículo 351). También en conversaciones que conduzcan a la eliminación de *“alguna causal de agravación punitiva”* o de *“algún cargo específico”* (artículo 350, inciso segundo, numeral primero) o a que la Fiscalía *“tipifique”* la conducta *“de una forma específica con miras a disminuir la pena”* (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo).

En todas estas modalidades de acuerdo – *simple, con degradación, y con readecuación típica, como los categoriza el salvamento de voto consignado en el fallo CSA SP 7100 Rad. 46101* –, el beneficio para el procesado está en la disminución de la pena según los cargos concretados en el acuerdo, aminorándola, en el primer caso, en el porcentaje previsto por la ley para el estadio procesal en que se verifique; o individualizándola acorde con la agravante eliminada o el cargo específico que se le suprime de la inicial imputación; o dentro de los extremos punitivos correspondientes a la calificación jurídica que en sus alegaciones el fiscal de a los hechos, en orden a disminuir la sanción.

Quiere decir lo anterior, incurriendo en obviedades, que el objeto primordial de los acuerdos radica en los descuentos de la pena que se le ofrecen al imputado o acusado, para estimular y compensar

República de Colombia

Tribunal Superior del  
Distrito Judicial  
Villavicencio

su determinación de acceder a culminar por la vía rápida la actuación.

Siendo así, se ofrece impertinente que el acuerdo vaya más allá de la sanción y pueda focalizarse en sus aspectos operacionales, esto es, la forma o modalidad de cumplirla, que es a lo que se refieren el subrogado de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural.

Acudiendo a un elemental principio de derecho, recuérdese que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En este caso, la pena constituye el elemento principal, las formas en que puede subrogarse o sustituirse, le son accesoria, y procederán, siempre y cuando aquella, desde el punto de vista normativo, satisfaga los presupuestos de procedencia de éstos, es decir, los de orden objetivo y subjetivo previstos, respectivamente, por los artículos 63 y 38B del Código Penal y, además, que para el caso concreto no pese ninguna prohibición legal que se oponga a su procedencia.

7.- Sobre este panorama, considero que el acuerdo avalado en este asunto, deviene improcedente, por cuanto se concreta en **un objeto ilícito**, pues merced al convenio se le concedió al acusado un beneficio prohibido expresamente por la ley, en la forma como lo registró el Agente del Ministerio Público apelante, circunstancia que viabilizaba la intervención excepcional del juez para rechazarlo, teniendo en cuenta el contundente argumento de que no se cumplen las exigencias legales para acceder al sustituto punitivo que acordó con la Fiscalía.



Si fuera válido asumir que todo acuerdo entre las partes debe admitirse por cuanto el titular de la acción penal está facultado para celebrarlos, y que los convenios le permiten al acusado pretender incluso aquello a lo que no tiene derecho, la igualdad ante la ley y el prestigio de la administración de justicia, quedarían por los suelos. Quizás unos ejemplos, puedan advertir de mejor manera la improcedencia de convenios como el presente: i) el autor de los lamentables y vergonzosos sucesos de secuestro, acceso carnal y homicidio, de los que hizo víctima a Juliana Sanboni, admite se responsabilidad en los hechos y a cambio solicita únicamente la prisión domiciliaria. Desde los planos objetivo y subjetivo del mecanismo sustitutivo, no tendría derecho a ello, de acuerdo con lo regulado por los artículos 38B y 68A del Código Penal, y 199 del Código de Infancia y Adolescencia. Por el prurito de terminar con prontitud un trámite judicial, debe permitirse la consolidación de ese acuerdo? Según la razón, la ley y los desarrollos jurisprudenciales, es imposible que ello suceda.

En esa misma línea de pensamiento, resultaría acaso admisible que una persona imputada por homicidio agravado, acordara asumir responsabilidad y que como único beneficio se le concediera la prisión domiciliaria? Considero que ello tampoco resulta viable, pues en garantía del derecho a la igualdad, la prisión domiciliaria solo puede concederse si en el caso correspondiente, tramitado por el rito ordinario o en su forma abreviada, se cumplen los presupuestos que permitan concederla, emergiendo lógica y consecuente la orientación de la Corte, que avala en estos casos, por excepción, la injerencia de los jueces en

República de Colombia



Tribunal Superior del  
Distrito Judicial  
Villavicencio

los acuerdos que tramite la Fiscalía, para improbarlos dada su manifiesta contrariedad con la Constitución y la ley.”

Atentamente,

**JESÚS EDUARDO MORENO ACERO**  
Magistrado

*Fecha ut supra*

REPUBLICA DE COLOMBIA	
RAMA JUDICIAL	
TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO	
SALA PENAL	
SECRETARIA	
Recibido por	<u>Jepda</u>
Fecha	<u>24 ENE 2017</u> Hora: <u>7:3000p</u>
Firma	<u>[Firma]</u>
Anexos en	_____ Folios