



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado ponente

AP5266-2018

Radicación No. 52535

(Aprobado Acta No. 400)

Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide sobre los presupuestos de lógica y fundamentación suficiente de la demanda de casación presentada por el defensor de JOSÉ DANIEL GÓMEZ CASTRO contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2018 por el Tribunal Superior de Yopal (Casanare), mediante la cual confirmó el fallo del 26 de octubre de 2017, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué, que condenó al procesado por los delitos de homicidio culposo y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en concurso heterogéneo.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Respecto de los primeros, según expuso la Fiscalía en la audiencia de formulación de la imputación, pasadas las 3:30 de la mañana del 6 de agosto de 2017 fue capturado

JOSÉ DANIEL GÓMEZ CASTRO en la finca Villa Luz, vereda Guanapalo ubicada en el municipio de San Luis de Palenque (Casanare), porque horas antes, hacia la una de la madrugada, cuando manipulaba un arma de fuego hechiza, tipo pistola, ésta se le disparó y le causó la muerte al joven Rubén Darío Peñuela.

El 7 de agosto siguiente fue presentado el aprehendido ante el Juez Promiscuo Municipal de San Luis de Palenque, funcionario que declaró la legalidad de la captura en situación de flagrancia únicamente por el delito de porte de armas de fuego, al considerar que los hechos en los cuales perdió la vida la víctima habían ocurrido, al menos, 3 horas antes de la retención del culpado.

Enseguida de esa decisión la Fiscalía formuló la imputación contra el capturado como autor del delito de homicidio culposo (artículo 109 del Código Penal), en concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de portar (artículo 365, ibídem).

El procesado fue ilustrado acerca de los derechos que se le reconocen en el proceso penal, de la posibilidad de allanarse a los cargos y las consecuencias que la renuncia a algunas de las prerrogativas otorgadas por la ley le acarrearía frente a la opción de aceptar la culpabilidad, así

como la ventaja por la reducción de la pena, luego de lo cual, previa consulta en privado con el defensor autorizada por el juez, el imputado manifestó, inicialmente: «*yo soy culposo del porte de arma, acepto el cargo por el porte de arma..., no soy culposo del homicidio*»¹. Nuevamente, ante la posibilidad de un equívoco sobre la intención manifestada, el funcionario le permitió informarse mejor a través del defensor, y tras el receso le solicitó que precisara si «*acepta o no los cargos imputados por el señor fiscal*»²... (el procesado responde) **Sí señor**³... (el juez le pregunta) *Por qué delito, por los dos delitos?*⁴... (el inculpado manifiesta) **Por los dos delitos, sí señor, yo acepto los cargos... porte y el homicidio**⁵... (El juez le cuestiona) *Usted anteriormente me estaba diciendo que solamente era por el porte*⁶. El abogado interpela⁷ para manifestar que su procurado desea aclarar que la captura por el homicidio no fue en flagrancia, precisión que quiere hacer por la rebaja que conllevaría. En consecuencia, «*nuevamente el juzgado le pregunta, y que quede claridad para efectos que al juez de conocimiento en el audio no le cause ningún tipo de duda respecto al allanamiento que se está efectuando en estos momentos; nuevamente respóndale al despacho, Usted acepta o no los cargos imputados por la Fiscalía? Sí señor, sí lo acepto... por el porte de armas y por el homicidio culposo*⁸. Finalmente lo interroga para verificar que la aceptación ha

¹ Audio de la audiencia de imputación (7 de agosto de 2017), record: 01:11:55.

² Record: 01:12:53

³ Record: 01:12:55

⁴ Record: 01:13:02

⁵ Record: 01:13:04-01:13:15

⁶ Record: 01:13:20

⁷ Record: 01:13:25-01:13:32

⁸ Record: 01:13:58-01:14:27

sido libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa, conforme lo prevé el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal.

Oportunamente la Fiscalía radicó el escrito de acusación con allanamiento a cargos⁹, que fue asignado al Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué, despacho ante el cual se llevó a cabo el 29 de octubre de 2017 la audiencia para individualización de pena y sentencia, conforme lo dispone el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, a la que concurrieron el Delegado de la Fiscalía, el acusado y el mismo defensor que lo asistió en las audiencias concentradas.

En la mencionada diligencia el despacho corrió traslado a las partes para que se refirieran a los temas que indica la citada norma, enseguida de lo cual procedió a dictar la sentencia en la que condenó al inculpado a 73 meses de prisión y multa equivalente a 13.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y a la privación del derecho a la tenencia o porte de armas de fuego, cada una por el lapso de 24 meses; a su vez negó la concesión de sustitutivos o subrogados.

El defensor del acusado presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y el Tribunal Superior de Yopal la confirmó en fallo del 30 de enero de

⁹ Folios 16 a 21 de la carpeta.

este año, contra el cual el mismo abogado interpuso recurso de casación.

LA DEMANDA

Identificadas las partes, reseñados los hechos y los fundamentos de la sentencia censurada, el defensor del acusado formula un cargo, al amparo de la causal segunda prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, «*por desconocimiento del debido proceso, al no haberse practicado la audiencia de verificación de la aceptación de los cargos... la cual era indispensable para la aclaración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos materia de investigación, violándose igualmente el derecho de defensa».*

Alega, por tanto, que el a quo omitió el trámite previsto en el artículo 293, ibídem, y teniendo el Tribunal el deber de revocar la sentencia y ordenar que se repusiera la actuación, no lo hizo, por lo que solicita a la Corte casar la decisión impugnada y ordenar que el juzgado de primera instancia rehaga la diligencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Atendiendo a la causal invocada en la demanda, es necesario reiterar el criterio de la Sala conforme al cual, si bien tratándose de los motivos de nulidad el cargo resulta de más sencilla postulación y desarrollo, no significa que el

recurrente pueda abandonar por completo el rigor técnico, tanto en la correcta y precisa selección de la causal, como en el desarrollo y sustentación metodológica, consistente y suficiente del reparo.

Lo anterior supone, en primer lugar, que el demandante especifique si la afectación sustancial al debido proceso recayó sobre la estructura de la actuación o por el quebrantamiento de las garantías de las partes, pues se trata de dos formas autónomas y diversas de error in procedendo, que deben identificarse claramente para demostrar su trascendencia perjudicial irreparable.

En segundo orden, la demostración de la censura tendrá que sujetarse a los principios que orientan la invalidación de la actuación procesal por la que se propende en la impugnación, para lo cual será imprescindible evidenciar la necesidad de acudir a ese reparación extrema, en razón de la existencia de una irregularidad manifiesta que se ajuste a alguna de las causales *taxativas* indicadas en la ley (artículos 455 a 458 de la ley 906 de 2004); *acreditar* el dislate ocurrido con la sustentación fáctica y jurídica suficiente; mostrar que la parte afectada con el vicio de procedimiento merece la *protección* que se busca a través de la nulidad, en cuanto no haya coadyuvado con su conducta a la formación del acto irregular; así mismo, que no lo *convalidó* o no lo consintió expresa o tácitamente; comprobar que el trámite irregular impidió alcanzar la finalidad a la cual estaba destinado el acto procesal; que se afectó de manera *trascendental* una garantía esencial o se desconocieron las

bases fundamentales del proceso; finalmente, que no puede acudirse a otro mecanismo para corregir el yerro procedural.

Las exigencias indicadas se relacionan estrictamente, además, con los principios de limitación y suficiencia. El primero, por cuanto atendiendo al artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, el contenido de la demanda determina el derrotero al que debe ceñirse la Corte en orden a establecer si hay lugar al control constitucional y legal de la sentencia, que arriba ungida de la doble presunción de acierto y legalidad. La segunda regla de ineludible observancia, supone que la demanda se baste por sí sola para demostrar el vicio de estructura o de garantía que obliga el pronunciamiento de fondo de la Sala.

2. Pues bien, el escueto escrito elaborado por el defensor del acusado con la aspiración de demoler las bases de las sentencias de primera y segunda instancia, que en este caso forman una unidad inescindible, no cumple los presupuestos de admisibilidad de la demanda en casación, por varias razones que enseguida se expresan.

2.1. Lo primero que se echa de menos en el libelo de impugnación es la indicación del fin que estaría llamado a cumplir el recurso extraordinario, para explicar la necesidad de intervención de la Corte en orden a realizar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervenientes, la reparación de los agravios inferidos

a éstos o la unificación de la jurisprudencia, como objetivos señalados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Esta exigencia tiene relevancia como carga argumentativa que debe cumplir el demandante para persuadir de las razones por las cuales el control constitucional y legal de la sentencia recurrida es inexorable. En esa medida, si no se indica el fin que se busca, que no puede ser simplemente el de retrotraer y repetir la actuación sin un específico objetivo de asegurar la aplicación del derecho material, restituir los derechos o garantías fundamentales de la parte, o provocar un pronunciamiento de autoridad, la Corte no tiene la posibilidad de vislumbrar cuál es el propósito por el que se insta su intervención.

2.2. Además, prescindió el defensor de especificar si la irregularidad dio lugar a un vicio de estructura o de garantía; omitió acreditar que en el marco de los postulados que orientan la declaratoria de las nulidades, en este caso convergían a demostrar la necesidad de acudir a ese mecanismo de reparación extrema; y, en estricto sentido, cuál fue el efecto perjudicial con incidencia en la declaración de justicia.

Se limitó el demandante a enunciar que «*la audiencia de verificación de la aceptación de los cargos*» era necesaria para aclarar las circunstancias de los hechos, «*violándose igualmente el derecho de defensa*», sin tener en cuenta que

el procesado, asesorado por el mismo defensor, renunció al derecho a debatir los hechos y los elementos materiales probatorios con base en los cuales la Fiscalía formuló la imputación, amén de no explicar en qué consistió la vulneración del derecho a la defensa y cómo trascendió en el acierto o legalidad de la sentencia.

2.3. Ahora, evidentemente la censura es por completo infundada, si se tiene en cuenta, como quedó registrado en la síntesis de la actuación, que quien aquí funge como demandante ha representado al acusado desde las primeras audiencias concentradas; que intervino activamente en todo el trámite de la imputación y el allanamiento a cargos durante la misma diligencia, en la que no solo el juez, sino el Fiscal ilustraron suficientemente al culpado en relación con los beneficios y las restricciones de una eventual aceptación de responsabilidad, a la vez que se facilitó el espacio suficiente para que el togado de la defensa lo instruyera, hasta asegurarse el juez de control de garantías que la renuncia a algunas de sus prerrogativas, a fin de obtener los beneficios derivados del allanamiento, era una manifestación libre, voluntaria y suficientemente comprendida, no obstante las dificultades del procesado para expresarlo en los términos que le interesaba precisar, es decir, la exclusión de la flagrancia en la captura por el delito de homicidio.

En refuerzo de lo anterior, la Sala advierte necesario reiterar las diferencias entre el preacuerdo y la aceptación unilateral de cargos, específicamente cuando ésta ocurre en el

escenario de la formulación de imputación ante el juez con función de control de garantías.

En los dos casos —aceptación negociada o unilateral de la imputación— el juez tiene la obligación de verificar que en la renuncia del procesado a los derechos a guardar silencio, a tener un juicio oral, público, concentrado y contradictorio, en el cual puede presentar pruebas y debatir las que la Fiscalía aduce en su contra, no se han conculado garantías, como lo disponen los artículos 131 y 293 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011.

No obstante, como resulta de lógica comprensión, tratándose de allanamiento a cargos en la audiencia de imputación, el control sobre la observancia de esas prerrogativas le concierne al juez ante quien se hace la manifestación de voluntad, de manera que el juez de conocimiento no puede habilitar un nuevo escenario para repetir la función cumplida por aquel que se torna preclusiva, sin que ello implique que se prive al acusado de la posibilidad de alegar la violación garantías fundamentales.

En efecto, sobre esa interpretación la Sala (CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 39707) al precisar su propia línea jurisprudencial, señaló que si bien se venía prohijando “*el criterio acorde con el cual las normas... consagran la facultad para el procesado de retractarse de su allanamiento inicial hasta que haya sido ‘examinado por el juez de conocimiento*

el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo”¹⁰, encontraba necesario

(...) modular el anterior pronunciamiento para ratificar la postura según la cual la disposición confiere, en efecto, al imputado la posibilidad de retractarse, pero modificándola en el sentido de que el entendimiento lógico y coherente de la misma exige la fundamentación de dicha manifestación, sustento orientado a poner de presente que la aceptación no obedeció a un acto voluntario, libre o espontáneo o que fue producto de la violación de garantías fundamentales.

(...)

En esas condiciones, se reitera, la manifestación desconocedora de la aceptación de responsabilidad resulta válida siempre y cuando el imputado la presente debidamente soportada en la ocurrencia de un vicio del consentimiento o en la violación de garantías fundamentales, debiendo expresarla, en todo caso, en el momento de celebrarse la audiencia regulada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 o posteriormente, siempre y cuando invoque motivo distinto al alegado en dicha diligencia.

En correspondencia con lo antes dicho, la Corte ha señalado que efectuada la verificación por el juez en función de control de garantías la legalidad del allanamiento a cargos, que comprende la garantía de que el procesado ha realizado la manifestación libre e inequívocamente, no puede pretenderse que el juez de conocimiento revierta esa constatación y dé cabida a un nuevo escenario en el que no podría impedir al acusado retractarse de la aceptación, aún si no se quebrantaron sus garantías. Así, precisó la Corte¹¹:

¹⁰ Radicación 37668.

¹¹ C.S.J. SP, 27 ene. 2016, rad. 47189.

(...) habiéndose cumplido en la audiencia de formulación de imputación por parte del respectivo funcionario, la labor relativa a constatar el respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado...; no puede ahora pretender el defensor del procesado que el referido control judicial fuera replicado por el juez de conocimiento en la audiencia de individualización de pena y sentencia, a través del interrogatorio al citado, como si la actividad cumplida por su homólogo de garantías no tuviera ningún efecto jurídico.

(...)

Tal ha sido el criterio expresado por la Corte en plurales decisiones a propósito del cambio de jurisprudencia en torno a la posibilidad que en un principio se admitió, de retractarse de manera pura y simple de la aceptación unilateral de cargos manifestada en la audiencia de imputación, hasta el momento en que el juez de conocimiento procediera a verificar la legalidad de tal expresión de voluntad del implicado¹², pero que luego se modificó para proscribir la facultad de desdecirse de lo aceptado cuando ello obedece al mero arbitrio del imputado.

Sobre el tema en cuestión, en CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40053, dijo la Corte:

[E]stima la Sala que esa posibilidad [de retractarse], por lo demás ajena a lo que el texto estricto de la ley diseña, resta seriedad al instituto de allanamiento a cargos, en tanto, si ya un funcionario judicial ha verificado que la aceptación de cargos emergió voluntaria, libre y plenamente informada, no existe razón para facultar el desdecirse de un compromiso que en atención a su naturaleza comporta plenos efectos jurídicos,

¹² CSJ SP, 30 may. 2012, rad. 37668.

tornando en mero ejercicio insustancial lo realizado ante el juez de control de garantías. (...)

Ya en ocasión anterior a la decisión jurisprudencial examinada, la Sala había establecido su concepto sobre el tema¹³, señalando:

“Ello conduce a que el juez de control de garantías únicamente interviene, en esa verificación, cuando se trata de allanamientos y ocurren en la audiencia de formulación de imputación. En este caso, sobra anotar, el juez de conocimiento no tiene que interrogar a la persona acerca de esos elementos de voluntad y conocimiento, pues, ya la tarea fue adelantada por el funcionario de control de garantías. Tampoco, debe precisarse, se hace necesaria la presencia del imputado en la diligencia de verificación de legalidad y contenido de lo aceptado.

No es objeto de controversia, que en los casos de allanamiento resulta imposible la retractación por voluntad del imputado –desde luego, huelga anotar que aquí ninguna intervención tiene la Fiscalía–, en tanto, de un lado, la verificación de los aspectos dispuestos en el artículo 131 arriba reseñado, emerge automática a la manifestación de aceptación de los cargos, durante la audiencia respectiva y a cargo del juez que la adelanta; y del otro, el inciso segundo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, únicamente autoriza la retractación para los casos de preacuerdo.” (...)

Al efecto, en primer lugar, es necesario relevar que el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, de ninguna manera habilita reiterar la práctica ya realizada por el Juez de Control de

¹³ «Auto del 21 de marzo de 2012, radicado 38500».

Garantías cuando se trata de un allanamiento operado en sede de la audiencia de formulación de imputación, pues, su contenido se dirige exclusivamente a los asuntos gobernados por ese acto bilateral que deriva en un preacuerdo sometido en todos sus extremos a control del juez de conocimiento. (...)

Pero, sucede que en tratándose del allanamiento a cargos operado en la audiencia de formulación de imputación, la verificación fue efectuada por el juez de control de garantías, en seguimiento de lo que sobre ello contempla el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, resultando cuando menos paradójico que se trate, en momento posterior, de realizar una diligencia ya agotada e incluso de darle efectos jurídicos trascendentales, con lo cual se termina vulnerando el principio antecedente-consecuente o de compartimientos estancos que gobierna el proceso penal y, en general, cualquier procedimiento judicial. (...)

(...)

Asumir lo contrario, esto es, que el juez de conocimiento debe realizar de nuevo lo que ya con plena competencia y legitimidad verificó el de control de garantías, en los casos de allanamiento a cargos durante la audiencia de formulación de imputación, implica, ni más ni menos, vaciar de contenido el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, tornando inane lo que por ley debe realizar el juez de control de garantías.

2.4. De acuerdo con lo que viene de decirse, queda claro que, como se procedió en este caso, al juzgado de conocimiento le correspondía, una vez recibido el escrito de acusación, citar a las partes e intervenientes para la audiencia de individualización de pena y proferimiento de sentencia, no para verificar la legalidad del allanamiento; esto si acaso debe comprenderse que el reproche del defensor se refiere a que el juez de circuito no volvió a

interrogar al acusado respecto a la aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía.

Como se dejó precisado en el resumen de la actuación, repartido el escrito de acusación con allanamiento a cargos el Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué convocó a la audiencia respectiva, en la que corrió traslado a las partes con la finalidad de que se refirieran a los temas indicados en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, como en efecto lo hicieron la Fiscalía y el defensor, sin que por parte de éste o del inculpado se sugiriera algún desconcierto por el trámite que, por demás, ninguna irregularidad acusa, tanto que el motivo de la impugnación contra la sentencia de primera instancia fue la determinación del quantum punitivo y la negación de la prisión domiciliaria, no la invalidez de la actuación.

Así las cosas, las protuberantes falencias de lógica y adecuada fundamentación advertidas en la demanda, aunado a la falta de demostración de la censura propuesta, conducen a su inadmisión.

3. La Sala debe precisar que si bien por virtud de la prohibición de reforma peyorativa nada puede hacerse frente a la determinación de la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, que no mereció observación por parte del Tribunal, sin ningún fundamento el a quo aplicó una rebaja del 50% por el allanamiento a cargos, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1453

de 2011, que modificó el artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, no obstante que de acuerdo con lo previsto en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal “*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*”, atendiendo a lo preceptuado en el parágrafo del citado artículo 57, cuando el procesado ha sido capturado en flagrancia “*solo tendrá ¼ (parte) del beneficio de que trata el artículo 351...*”.

El alcance de esa norma fue interpretado por la Sala (CSJ SP, 11 jul. 2012, rad. 38285) y posteriormente reafirmado por la Corte Constitucional (C-240, 9 ab. 2014), de acuerdo con lo cual las rebajas a que tiene derecho la persona capturada en flagrancia, dependiendo del momento procesal en que se produzca la aceptación de los cargos, son del 12.5%, 8.33% y 4.16%.

De manera que ninguna razón había para que el juez de primer grado reconociera una indiscriminada reducción de la mitad de la pena correspondiente por los delitos imputados y aceptados.

Está claro que en la legalización del procedimiento el juez de control de garantías desestimó que respecto de la conducta delictiva de homicidio culposo hubiera confluído alguna de las hipótesis de la captura en situación de flagrancia, pues afirmó que entre ese hecho y la

aprehensión del indiciado transcurrieron más 3 horas. En esas condiciones, era lo legal que al individualizar la pena para el delito se redujera hasta en la mitad. No obstante, frente al porte del arma de fuego, el juez avaló la inminencia de los eventos y declaró legal la retención, de lo cual debió seguirse que la pena por este punible, que por demás consideró el de mayor gravedad, solo podía reducirse en 12.5%.

De manera que, desatendiendo la disposición legal, el juez de primera instancia indicó que por haberse allanado a los cargos en la audiencia de imputación, el procesado tenía derecho a la rebaja de la pena hasta en la mitad, pues así lo disponía el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, máximo posible que le reconoció, una vez determinó que se debía partir del mínimo de 108 meses de prisión por el delito contra la seguridad pública, sumando 38 meses por el homicidio culposo. En la misma forma procedió con la pena concurrente de multa.

Con todo, como se anticipó, el postulado de la no reformatio in pejus, impide corregir el grave desacuerdo.

Por igual, la Corte debe aclarar, con referencia a la privación de la tenencia o porte de armas de fuego, respecto a la cual el a quo aplicó la rebaja por aceptación de culpabilidad, se equivocó, por igual, sin que el Tribunal hiciera la corrección, al declarar que la misma tiene carácter de accesoria, sin tener en cuenta que de acuerdo con lo señalado en el inciso segundo del artículo 109 del

Código Penal, para este caso se prevé como concurrente de las demás penas principales.

Así, regula la norma mencionada que “*Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando... arma de fuego, se impondrá igualmente... la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego...*”. El artículo 35, ejusdem, por su parte, indica que “*Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial*”. A su vez, el artículo 52, ibidem, preceptúa que las penas privativas de otros derechos son accesorias, pero pueden imponerse como principales.

Esa distinción, entonces, debía hacerse en la sentencia, pues, se reitera, en la descripción y sanción del delito de homicidio culposo, cometido con arma de fuego, la privación del derecho para tenencia y porte de artefacto bélico está prevista como pena principal concurrente con la privativa de la libertad y con la pecuniaria.

En consecuencia, la Sala hará esa precisión en la parte resolutiva.

4. Resta señalar que no se observa que en el fallo impugnado o dentro de la actuación se violaran derechos o garantías de los intervenientes, que impongan a la Corte superar los defectos del libelo en orden a decidir de fondo,

según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

5. De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, en los términos establecidos por la Sala en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, contra la decisión procede el mecanismo de insistencia.

6. Cuestión final:

Consecuentes con lo que se indica en el apartado 4 anterior y por ser éste un caso de allanamiento a cargos, reglado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, la Corte encuentra oportuno e ineludible, en cumplimiento de la labor pedagógica y de unificación de la jurisprudencia que le está atribuida, tratar el tema relacionado con la procedencia de dar aplicación a disposiciones de Ley 1826 del 12 de enero de 2017, publicada en el Diario Oficial No. 50.114, a través de la cual el Congreso de la República **“establece un procedimiento penal especial abreviado y... regula la figura del acusador privado”**; esto con el propósito de armonizar los criterios de la Sala, en concreto respecto del monto de las rebajas de pena por aceptación de cargos, en casos de captura en flagrancia, modificados por la nueva ley.

6.1. En relación con ese tópico, en la sentencia CSJSP, 23 may. 2018, rad. 51989, en la que la Corte casó parcial y oficiosamente el fallo de instancia, en el sentido de

modificar la pena principal impuesta al procesado que se allanó a cargos por el delito de hurto calificado y agravado, así razonó:

El 6 de julio de 2017, es decir, con posterioridad a los hechos, pero con anterioridad a la emisión de las sentencias de primera y segunda instancia, entró en vigor la Ley 1826 de 2017... [en la que] fueron modificados varios artículos del Código de Procedimiento Penal y se le adicionó a éste el Libro VII, sobre "Procedimiento especial abreviado y acusación privada", conformado por los artículos 534 a 564.

El procedimiento especial abreviado en mención se aplica a las conductas punibles que requieren querella para el inicio de la acción penal y a los delitos que se enlistan en el numeral 2º del artículo 534 del C. de P. P., entre los que se encuentran: "(...) hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240), hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales del 1 al 10), (...)", es decir, la conducta punible por la que se procede en el presente caso.

(...)

En resumen, la Ley 1826, para los casos en los que ha existido captura en flagrancia, contiene un tratamiento punitivo más favorable por efecto de la aceptación de cargos en la primera oportunidad procesal habilitada para ello (rebaja de hasta la mitad de la pena) que el contemplado en la Ley 906 de 2004 para los mismos eventos (rebaja del 12.5% de la pena). Por consiguiente, al cumplirse los presupuestos de operatividad del principio de favorabilidad de la ley penal, en el presente caso debe aplicarse de preferencia y con retroactividad, lo dispuesto por la normatividad de 2017. (Negrillas fuera de texto).

Posteriormente, en sentencia de tutela CSJSTP, 30 oct. 2018, rad. 101.262, en la demanda interpuesta contra un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, que negaron la reducción de la pena impuesta al procesado, tras el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, **por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones**, al considerar improcedente la aplicación favorable de la Ley 1826 de 2017, la Corte, después de agotar el examen sobre los presupuestos de procedibilidad del mecanismo constitucional contra decisiones judiciales, concluyó que en ese caso no estaban colmados, y agregó:

No obstante, en gracia de discusión, no se advierte la existencia de una vía de hecho, dado que el Tribunal fue claro en su decisión al indicar que, en el caso, del demandante, no podría aplicarse favorablemente el artículo 539 de la Ley 906, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017...

(...)

Es razonable esta decisión por cuanto, la misma norma establece sus parámetros de aplicación, esto es, procede para las conductas punibles enlistadas en el artículo 534 del C.P.P., adicionado por el 10 de la Ley 1826 de 2017, dentro de las cuales no se encuentra el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 del C.P).

Por último, en la sentencia de tutela CSJSTP, 31 oct. 2018, rad. 10.1256, por virtud de una demanda cuyo tema

es análogo al definido en el caso inmediatamente antes referido, como quiera que además la conducta imputada era la prevista en el artículo 366 del Código Penal, la Sala consideró procedente el amparo invocado, con fundamento en los siguientes motivos:

(...) debe recordarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que para que se pueda aplicar el principio de favorabilidad deben concurrir: i) sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo; ii) regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas; y iii) permisibilidad de una disposición frente a la otra¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, las autoridades judiciales cognoscentes del asunto efectuaron una errónea interpretación del parágrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, de que trata el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, con desconocimiento del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 6º del Código Penal, pues consideraron que la rebaja de pena por aceptación de cargos allí prevista, solo procede en los casos de flagrancia de los delitos enlistados en el artículo 534 de la misma Ley 906, lo cual no es acertado.

Y a tal conclusión se arriba, teniendo en cuenta que ya la Sala de Casación Penal de esta Corporación se pronunció sobre ese aspecto en particular, en decisión SP1763-2018 del 23 de mayo de 2018, proferida dentro del Radicado No. 51989...

(...)

Contrastando el contenido de este precedente con las decisiones adoptadas por el Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán y la Sala Penal del Tribunal

¹⁴ Entre otras, CSJ, SP, 14 de noviembre de 2007, Rad. 26190.



Superior de esa misma ciudad, refulge evidente que las autoridades judiciales accionadas efectuaron una interpretación equivocada de los alcances del parágrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, por cuanto, aunque el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos por el cual fue condenado..., no se encuentra dentro de las conductas punibles señalada en el articulo 534 de la misma codificación, si se trata en el sub lite de un caso de captura en flagrancia, tal y como se da cuenta en los documentos aportados al plenario.

Además, como se desprende del precitado pronunciamiento de la Corte, el punible perpetrado por el actor no es de aquellos respecto de los cuales existe algún tipo de prohibición legal para el otorgamiento de rebajas o beneficios, ya que no se encuentra incluido, por ejemplo, en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000 o en normas especiales como el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Por consiguiente, la rebaja deprecada por el aquí accionante, en aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, resulta procedente y por lo tanto su pretensión en sede de tutela está llamada a prosperar.

Los pronunciamientos citados antes, conforme se anticipó, evidencian la necesidad de abordar desde una perspectiva unificadora el problema jurídico relacionado con la posibilidad de dar aplicación a las rebajas que por aceptación de cargos se prevén en el artículo 539 de la Ley 906 de 2004, que fue adicionado mediante el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017.

6.2. A fin de consolidar el criterio que mejor convenga a una hermenéutica respetuosa del principio de legalidad y de valores afines que buscan la realización de la igualdad ante la ley y la vigencia del orden justo, la Corte recuerda que el postulado de la favorabilidad en materia penal está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, con el siguiente dictado: “*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*”

Así mismo, el artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, establece que “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

Por su parte, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, preceptúa que “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

De esos perentorios mandatos queda claro que en materia penal la aplicación de la ley favorable, aun cuando sea posterior, no puede ser restringida. No obstante, es igualmente sabido que el principio al cual se alude no se encuentra fincado en la existencia de dos normas que disciplinando la misma materia, le dan un tratamiento disímil, con consecuencias jurídicas distintas, sino que su operatividad depende de que la sucesión, tránsito o coexistencia de leyes con repercusión sustancial, que, además, han regido entre el momento de la ocurrencia del hecho y durante el trámite del proceso, hasta que se le pone fin con una decisión definitiva, una de ellas se ofrezca más o menos restrictiva que la otra.

Dicho en otros términos, habitualmente del principio de favorabilidad se trata cuando surge la “*necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto*, [porque]... *un hecho [ha tenido] nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos*”.¹⁵

Se reitera que, por igual se puede presentar el conflicto entre normas coexistentes, como lo ha reiterado la jurisprudencia (CSJAP, 16 jun. 2006, rad. 19215, CSJSP, 11 nov. 2008, rad. 24663, entre muchos otros), al confrontar algunas situaciones análogas, reguladas de manera distinta en la Ley 906 de 2004 y la Ley 600 de

¹⁵ CC, 14 jun. 2001, C-619.

2000, pero frente a supuestos de hecho equivalentes. Ha precisado la Sala que:

Tradicionalmente se ha entendido que la aplicación de la favorabilidad penal en su especie clásica, supone sucesión de leyes, que es como en condiciones normales éstas son reemplazadas por otras que las derogan, adicionan o modifican.

Pero la puesta en marcha del sistema acusatorio se decidió hacerla paulatinamente, en concordancia con el programa de implantación previsto en el artículo 530 de la ley 906 de 2004. Y eso condujo a una situación muy particular, exótica si se quiere, en la cual coexisten dos procedimientos distintos y excluyentes que se aplican en el país según la fecha y el lugar de comisión del delito: el anterior, a casos por conductas realizadas antes del 1º de enero de 2005 o a partir de esta fecha en Distritos Judiciales donde no opere el sistema acusatorio; y, el nuevo, para delitos cometidos a partir del 1º de enero de 2005 en los Distritos Judiciales semillas seleccionados para que funcione ese sistema. (CSJ AP, 4 may. 2005, rad. 19094).

Sobre el punto, es válido también mencionar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-592 del 9 de junio de 2005, enseguida de citar como precedentes judiciales las providencias de la Sala Penal de la Corte, del 4 de mayo de 2005, dictadas en los radicados 19094 y 23567, concluyó que:

De las anteriores providencias judiciales emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se desprende que para dicha Corporación i) la puesta en marcha gradual del sistema acusatorio de acuerdo con el programa de implantación previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 condujo a una situación particular, en la cual coexisten dos

procedimientos distintos y excluyentes que se aplican en el país según la fecha y el lugar de comisión del delito: el establecido en la normatividad anterior, a casos por conductas realizadas antes del 1º de enero de 2005 o a partir de esta fecha en Distritos Judiciales donde no opere el sistema acusatorio; y, el nuevo, para delitos cometidos a partir del 1º de enero de 2005 en los Distritos Judiciales seleccionados para comenzar y gradualmente en los demás; ii) Sin que ello signifique descartar la posibilidad de que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la Ley 906 de 2004 sean aplicadas en razón del principio de favorabilidad en las actuaciones penales que se rigen por la Ley 600 de 2000; iii) en punto al principio de favorabilidad la Ley 906 de 2004 podría ser aplicada con efectos retroactivos respecto de situaciones anteriores a su vigencia, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal **y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos;** iv) con la anterior interpretación resulta igualmente protegido el derecho fundamental de igualdad de la personas ante la ley, pues todo aquél que se encuentre en la misma situación fáctica será acreedor a la misma consecuencia de derecho...

(...)

Cabe precisar de otra parte que como lo puso de presente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones que se han citado, la aplicación del principio de favorabilidad en estas circunstancias, además de significar el respeto del mandato imperativo del artículo 29 superior, está sometido a unos presupuestos lógicos que en manera alguna pueden poner en peligro el carácter sistémico de las normas que comenzaron a regir el 1º de enero de 2005. **Y ello por cuanto dicho principio será aplicable frente a supuestos de hecho similares en uno -el de la Ley 600 de 2000- y otro -el sistema de la Ley 906 de 2004- pero que reciben en cada**

uno soluciones de derecho diferentes. (Negrilla fuera de texto).

Lo indicado hasta ahora permite concluir que el principio de favorabilidad tiene su específica aplicación frente al conflicto que surge cuando dos o más normas regulan de manera distinta supuestos fácticos asimilables, derivando consecuencias jurídicas distintas, en cuanto alguna supone mayor restricción en tanto que la otra reporta beneficios, sin pueda identificarse ningún criterio de razonable diferenciación.

En consecuencia, la favorabilidad de la ley no se predica cuando los asuntos o supuestos de hecho regulados por las normas derogada y vigente o por las coexistentes en el tiempo, no son equiparables en estricto sentido y el propio legislador, en ejercicio de la potestad de configuración, razonablemente ha determinado el criterio diferenciador que justifica los efectos jurídicos disímiles, sin que implique, por tanto, una reglamentación desigual para supuestos iguales o análogos, que la torne arbitraria y contraria a la Constitución.

6.3. Precisado lo anterior, procede la Corte a cotejar, en lo que resulte conducente para el tema, las regulaciones contenidas en la Ley 1826 del 12 de enero de 2017, no sin antes anotar que en dos de las decisiones sobre el punto, a las que se aludió antes (CSJSP, 23 may. 2018, rad. 51989 y STP, 31 oct. 2018, rad. 101256), la Sala interpretó que al comportar el procedimiento abreviado de la mencionada ley

elementos de mayor favorabilidad (rebajas de hasta la 1/2 o la 1/3 o 1/6 parte de la pena sin hacer diferencia sobre los casos de captura en flagrancia), estos deben preferirse a los fijados en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, el cual contiene un tratamiento desfavorable cuando el procesado que se allana a cargos ha sido aprehendido en flagrancia; esa selección normativa preferente se funda, a la vez, en que se cumplen “*los presupuestos de operatividad del principio*”.

En importante, por igual, tomar en cuenta que el Acto Legislativo 06 del 24 de noviembre de 2011, publicado en el Diario Oficial 48.263 y modificado en lo pertinente por el artículo 3 del Decreto 379 de 2012, reformó el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política, señalando en el artículo 2 que:

El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un parágrafo 2º del siguiente tenor:

Parágrafo 2º. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente. (Negrilla fuera de texto).

Tal es el origen constitucional de la ley, “*Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*”, que va

ilustrando la finalidad de la norma y, por tanto, los casos para los cuales se promulgan las modificaciones y adiciones a la Ley 906 de 2004, entre ellas, al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, en relación con las “conductas punibles que requieren querella”, para dar inicio a la acción a la acción penal.

Sobre el procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de que trata la misma ley, se adicionó por el artículo 8 el Libro VIII, TÍTULO I, DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO, que contiene los siguientes preceptos:

Artículo 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así:

Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:

- 1. Las que requieren querella para el inicio de la acción penal.*
- 2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C.P. Artículo 134A), Hostigamiento (C.P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C.P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233), hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240); hurto agravado (C.P. artículo 241), numerales del 1 al 10; estafa (C. P. artículo 246); abuso de confianza (C.P. artículo 249); corrupción privada (C.P. artículo 250A); administración desleal (C.P. artículo 250B); abuso*

de condiciones de inferioridad (C.P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C.P. artículo 272); falsedad en documento privado (C.P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C.P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C.P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C.P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312).

(...)

PARÁGRAFO. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo.

Artículo 11. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 535, así:

Artículo 535. Integración. En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por el procedimiento descrito en este título, se aplicará lo dispuesto por este código y el Código Penal.

(...)

Artículo 16. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 539, así:

Artículo 539. Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado.

Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada.

La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena...

El beneficio punitivo será de hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral.

PARÁGRAFO. Las rebajas contempladas en este artículo también se aplicarán en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito.

(...)

Artículo 44. Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

6.4. Ahora bien, sobre el proyecto de Ley Número 48 de 2015 (Cámara) y 171 de 2015 (Senado)¹⁶, “por medio del cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado”, convertido en la Ley 1826 de

¹⁶ Gaceta del Congreso, año XXIV N° 591, del 12 de agosto de 2015.

2017, texto definitivo que se aprobó en Sesión Plenaria del 23 de noviembre de 2016¹⁷, en la Exposición de Motivos, acogidos durante los debates en las dos Cámaras, se señaló, respecto al “tratamiento de las conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana”, que:

En general, las iniciativas tienen en común la filosofía de buscar un sistema que, garantizando el respeto a los derechos fundamentales de las partes involucradas, permita procesar de manera ágil y expedita a quienes toman parte en conductas delictivas de frecuente ocurrencia en la comunidad, que congestionan el sistema judicial de manera notoria.

La justificación empírica del intento recurrente de descongestionar el sistema judicial a través de la creación de un proceso especial compuesto por mecanismos ágiles y desprovistos de mayores ritualidades, que permita ofrecer un trato diferenciado para conductas de menor lesividad, es a todas luces evidente. Según datos aportados por la Fiscalía General de la Nación hay un total de 273.987 procesos activos a 2015 por delitos querellables según inventario. Cabe notar que solamente el año pasado (2014) ingresaron 234.765 noticias criminales por vía de querella. Comparativamente, los datos muestran que un 21% de todos los procesos penales que actualmente se encuentran activos se adelantan por delitos querellables.

Frente a esta realidad, este proyecto busca descongestionar el sistema judicial a partir de la consagración de un procedimiento especial abreviado para aquellas conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana... que pese a generar un gran impacto en la sociedad suponen individualmente un grado reducido de

¹⁷ Gaceta del Congreso, año XXV, del 1 de diciembre de 2016.

afectación al bien jurídico, se diseña un procedimiento abreviado que haga más ágil su juzgamiento.

(...)

Como respuesta a este cambio, la presente propuesta modifica los artículos 71, 72, 73 y 76 de la ley 906 de 2004 con respecto a la figura de la querella con el fin de referirse a “conductas punibles” y no solo a los delitos, que son apenas una de sus formas.

En efecto, en la modificación pretendida al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, se define claramente el grupo de conductas que, **atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y menor lesividad de la conducta punible**, requieren de la presentación de una querella para el inicio de la acción penal.

(...)

II) Procedimiento especial abreviado

Este proyecto de ley crea un procedimiento especial abreviado para las conductas contravencionales en materia penal y para el delito de hurto de celulares que se basa en dos audiencias principales: una en la que se comunican los cargos, se descubren y solicitan pruebas y otra en la cual se practican, se adelanta el contradictorio y culmina con una decisión de fondo.

Como características más relevantes de este procedimiento especial para las contravenciones se encuentran las siguientes:

Se suprime el acto de imputación. En cambio, la comunicación de los cargos se hará, como regla general, a través del traslado del escrito de acusación y se leerán en la audiencia concentrada. Excepcionalmente, se podrán comunicar los cargos anticipadamente cuando medie solicitud de medida de aseguramiento.

Precisamente, si se trata de una audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, deberá citarse al investigado y en la misma audiencia se le comunicarán previamente los hechos y los cargos por los cuales está siendo investigado.

(...)

iii) *Acusador privado* Así como la asignación de un tratamiento procesal diferenciado surge como el desarrollo natural de la caracterización de algunas de las conductas delictivas como contravenciones, la posibilidad de optar por una acusación privada es una de las instituciones que mayor provecho permiten sacar de los nuevos cambios procesales introducidos en el modelo abreviado. La consagración de un procedimiento abreviado y la posibilidad de conversión de la acción penal de pública a privada se encuentran íntimamente vinculadas en el intento por establecer un diseño procesal que permita un tratamiento más eficiente para las conductas punibles de menor lesividad.

Ello explica por qué países vecinos como Perú, Venezuela, Guatemala, Argentina (Chubut), Costa Rica, Ecuador, Chile y México contemplan la posibilidad de otorgar la titularidad de la acción penal en conductas punibles de menor lesividad a autoridades distintas a la Fiscalía (o la entidad pública encargada ordinariamente de la acusación)². Estos ordenamientos tienen en común, no solo que contemplan mecanismos simplificados que permiten un tratamiento diferenciado para las conductas punibles atendiendo a su grado de lesividad social, sino también que todos ofrecen la posibilidad de “convertir” la acción penal de pública a privada dentro del marco del procedimiento especial previsto para aquellas conductas que son consideradas de menor lesividad o impacto social.

Siguiendo esta tendencia, este proyecto de ley establece la posibilidad de convertir la acción penal de pública a privada y con ello dar su titularidad a un acusador privado que interviene mediante apoderado en el proceso penal.

*Hoy ello es posible gracias a la aprobación del Acto Legislativo número 06 de 2011, por medio del cual se modificó Parágrafo 2º del artículo 250 de la Constitución con el fin de permitir la posibilidad de que **atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y menor lesividad de la conducta punible**, el legislador asigne el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación.*

6.5. Pues bien, armonizada la exposición de motivos con el contenido de las normas reseñadas, resulta lógico deducir que el procedimiento abreviado previsto en la Ley 1826 de 2017 fue diseñado excepcionalmente para servir de regulador a la investigación y juzgamiento, de las conductas punibles expresamente consagradas en artículo 5º, que requieren querella para promover la acción penal y las adicionadas en el artículo 10 (534 de la Ley 906 de 2004), determinando expresamente que rige aun “*para todos los casos de flagrancia **de los delitos contemplados en el presente artículo***”, como lo indica el parágrafo de la norma. Por tanto, no es correcto sostener que preceptos legales coexistentes, en concreto el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y la Ley 1826 de 2017, regulan los mismos supuestos de hecho, pues, al contrario, es inequívoco que en esta última, fue voluntad del legislador extraer del plexo normativo un listado de conductas punibles que consideró menos lesivas de los bienes jurídicos, para darles un

tratamiento razonablemente preferente, diferente del que se mantuvo para delitos de mayor gravedad.

6.6. En consecuencia, la Sala debe modular los razonamientos expuestos en la providencia CSJSTP, 31 oct. 2018, rad. 101256 y puntualizar que conforme parágrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1826 de 2017, las rebajas conferidas por el allanamiento a los cargos, no aplican para delitos distintos de los enlistados en la misma, que fija como excepción en el parágrafo del artículo 16, “*las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito*”.

Así mismo, la Corte encuentra necesario precisar que remitidos a los antecedentes de la Ley 1826, los criterios teleológicos que la informaron, así como a las razones de política criminal que le dieron origen, según ya se dejó visto, lo abreviado del procedimiento y los beneficios sustanciales derivados de su aplicación, especialmente en materia de justicia premial, se explican por la naturaleza de las conductas punibles que, en opinión razonable del legislador, dentro de la libertad de configuración que se le confiere, representan una gravedad menguada, criterio diferenciador, que justifica el trato más benigno, así como la no inclusión en su ámbito de cobertura de otros delitos, haciendo selección de las primeras para someter su investigación y juzgamiento al procedimiento especial.

Esa realidad mencionada desautoriza cobijar por virtud del principio de favorabilidad los delitos que no hacen parte

del plexo limitado por la Ley 1826, amén de que al relacionar el contenido de los artículos 539 y 534, en cuanto se refieren a los hechos regidos por la norma, en el ámbito procesal y sustancial, es inequívoco que convergen exclusivamente al listado de las conductas punibles ya enunciadas, por los motivos a los cuales se viene haciendo referencia.

6.8. Por lo anterior se reafirma que frente a conductas delictivas distintas de las enlistadas en el artículo 534 de la Ley 906 de 2004, no hay lugar a predicar la aplicación favorable de las reformas introducidas por la Ley 1826 de 2017, específicamente en relación con las rebajas por aceptación de cargos, respecto de las cuales reitera la norma, se aplicarán en las proporciones dispuestas, de acuerdo con el momento en que se produzca la aceptación de cargos: “*previo a la audiencia concentrada dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena[;] (...) de hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral (...)*” “*también... en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito*”; entendiendo por tales, aquellos eventos que la Ley 906 de 2004, exceptúa de los beneficios derivados de aceptación de cargos; restricción en la que quedan incluidos, por razón de esa disposición, también los hechos gobernados por el procedimiento abreviado.

6.9. La razonable hermenéutica que determina la Sala, lejos está de contender con los postulados constitucionales y legales de favorabilidad y de igualdad ante la ley, o con los criterios “pro-libertatis” y “pro-homine”, que según enseña la jurisprudencia constitucional, se derivan de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano pues, como ha quedado demostrado, las normas coexistentes, esto es, la Ley 1826 de 2017 y el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004, no regulan supuestos de hechos idénticos, salvo por la referirse a la captura en situación de flagrancia, pues la nueva ley se circscribe a un listado expreso de “*conductas punibles de menor lesividad*”, en tanto que el artículo 57 de la Ley 1453, que superó, por demás, el tamiz de constitucionalidad sobre el trato diferenciado de las rebajas de pena por aceptación de cargos si el procesado fue retenido en flagrancia, aplica por regla general, para todos los delitos.

6.10. Consecuentes con todo lo que viene de exponerse, la Corte precisa, frente a las razones que se expusieron sobre el tema en decisiones anteriores, que la Ley 1826 de 2017, se aplicará de preferencia, respecto de las rebajas de pena por allanamiento a cargo, en los casos de captura en flagrancia que no se gobernaron por la misma, como sucedió, por ejemplo, en el tratado en la sentencia CSJSP, 23 may. 2018, rad. 51989, siempre que se proceda por alguna de las conductas punibles expresamente previstas en la misma ley, en cuanto para la entrada en

vigencia de ésta no se hubiera fallado en forma definitiva, si no se presenta alguna de las prohibiciones de beneficios por allanamiento.

Como quiera que en este caso el delito por el que se profirió condena contra el acusado, tras el allanamiento a cargos, fue el de porte ilegal de armas de fuego, no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad, respecto de la Ley 1826 de 2017.

En mérito de lo expuesto, **la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,**

RESUELVE

Primero. **INADMITIR** la demanda de casación presentada por el defensor del acusado JOSÉ DANIEL GÓMEZ CASTRO contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2018 por el Tribunal Superior de Yopal (Casanare).

Segundo. Precisar que la pena de privación de la tenencia o porte de armas de fuego, por el delito de homicidio culposo, tiene carácter de principal, no de accesoria como se fijó en la sentencia de primera instancia.

Tercero. De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra esta providencia procede el mecanismo de insistencia.

Cuarto. Agotado el trámite de la insistencia, devolver la actuación al Tribunal de Origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

06/10/2018

Casación N°52535
JOSÉ DANIEL GÓMEZ CASTRO


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA