

**LIZZET JOHANA BURGOS VALLEJO
PABLO CESAR CASTILLO MENDEZ**

**IMPLICACIONES JURÍDICO LEGALES DENTRO DEL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO COLOMBIANO CUANDO EN MATERIA DE PREACUERDOS Y
NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL
PROCESADO SE CONDENA POR EL DELITO PACTADO Y NO EL
REALMENTE PERPETRADO**

**Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en
Ciencias Penales y Criminológicas 2018-2019**

Bogotá D.C., Colombia

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE DERECHOS CON ÉNFASIS
EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS 2018 - 2019

Rector:	Dr. Hernando Parra Nieto
Secretario General:	Dr. José Fernando Rubio
Decana Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Director Departamento Derecho Penal:	Dr. Jaime Bernal Cuellar
Director de Tesis:	Dr. Darío Bazzani
Presidente:	Dr. Jaime Bernal Cuellar
Examinadores:	Dr. Gerardo Camilo Burbano Cifuentes Dr. José Joaquín Urbano Martínez

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	v
CAPÍTULO I. PREACUERDOS EN EL DERECHO COMPARADO	1
1.1 EL <i>PLEA BARGAINING</i> EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	2
1.2 JUSTICIA NEGOCIADA EN EL ESQUEMA CONTINENTAL EUROPEO...9	9
1.2.1 Sistema Alemán.....	9
1.2.2 Sistema Italiano	14
1.2.3 Sistema Español.....	17
1.3 PREACUERDOS EN LA REGIÓN (CHILE – PERÚ)	21
1.3.1 Sistema Chileno.....	22
1.3.2 Sistema Peruano	25
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS PREACUERDOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO	27
2.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA JUSTICIA NEGOCIADA EN COLOMBIA	27
CAPÍTULO III. RÉGIMEN VIGENTE DE LA JUSTICIA CONSENSUADA EN COLOMBIA	43
3.1 EVOLUCIÓN DE LOS PREACUERDOS DESDE LA ÓPTICA DE LA LEY 906 DE 2004	44
3.2 CONCEPTO MODERNO DE LA NEGOCIACIÓN DE CARGOS	48
3.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIÓN.....	53

3.3.1 Modalidades de la Aceptación de Cargos. Corte Suprema de Justicia.	54
3.3.2 Modalidades de aceptación de cargos según la Corte Constitucional..	62
3.3.3 El Reintegro como Prerrequisito para Negociar.....	69
3.3.4. Obligación de Reparar a las Víctimas. Corte Constitucional.....	75
3.3.4.1. Obligación de reparar a las víctimas. Corte Suprema de Justicia.	82
3.4 INTERVENCIÓN DEL JUEZ DENTRO DE LA NEGOCIACIÓN	87
3.4.1 Control Formal y Material de la Acusación y los Preacuerdos por Parte del Juez.	89
3.4.1.1 Necesidad de una mínima base fáctica para legitimar el preacuerdo.....	98
CAPÍTULO IV. AFECTACIÓN A LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES FRENTE A LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS	109
4.1 CONDENAR POR EL DELITO COMETIDO Y NO POR EL NEGOCIADO. POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	112
4.2 AFECTACIÓN A LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL	122
4.3 AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	124
4.4 PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPICIDAD.....	126
4.5 PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	127
4.6 EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCIÓN	129
4.7 PRESCRIPCIÓN DEL PROCESO PENAL CUANDO NO SE CONDENA POR EL DELITO REALMENTE COMETIDO	131
4.8 EL PREACUERDO NO DEBE GENERAR IMPUNIDAD.....	133
4.9 LA VÍCTIMA FRENTE AL CAMBIO DE VARIACIÓN JURÍDICA	135
4.10 LA PENA FRENTE A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA	137
CONCLUSIONES	139
BIBLIOGRAFÍA.....	147

INTRODUCCIÓN

El procedimiento de los preacuerdos y las negociaciones en Colombia es una figura que nació en el ordenamiento jurídico a raíz de la Ley 906 de 2004¹, lo que la hace relativamente joven y en constante construcción, ello se observa a diario con las decisiones emitidas por el máximo órgano de cierre en lo penal, la Corte Suprema de Justicia que en este transcurrir de tiempo por ejemplo ha sentado y modulado su postura en un mismo tema en diversas oportunidades, lo que genera que la comunidad jurídica deba estar muy atenta a sus pronunciamientos para no crear una inseguridad tanto en las decisiones que se adoptan como en la forma de aplicar esta parte del derecho procesal penal.

Los acuerdos entre el ente acusador y el procesado, dentro del sistema penal acusatorio, se han convertido en un gran avance para dinamizar y descongestionar el sistema procesal penal, entre uno de los grandes logros que contiene la obra procesal penal del 2004, teniendo que el procesado renuncia a un juicio oral y público, aceptando su responsabilidad para ser condenado por el delito que perpetró y por su parte el ente acusador flexibilizó su potestad sancionadora con el fin de favorecer al encartado y aminorar por lo general la imposición de una pena ostensiblemente menor a la que se le impondría si fuera vencido en juicio.

La presente investigación plantea un tema académicamente actual y relevante, dado que los preacuerdos se han convertido en la forma anticipada más usada para terminar el proceso penal en Colombia y no aplicarlos de manera correcta conllevaría a la degradación inminente del proceso penal, pues aquí encontramos afectados los derechos y las garantías del imputado, las víctimas y la sociedad en

¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 906. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. [en línea]. (31 de agosto de 2004). [Consulta: 24-06-2020]. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

general, esto de conformidad con el carácter público y las connotaciones con las que cuenta el derecho penal.

Dentro del trámite del preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado cuando se condena por el delito acordado y no por el realmente cometido, conlleva a múltiples connotaciones negativas jurídico legales que se abordaran en el estudio de este tema.

Es por lo anterior que en el primer capítulo se abordó el concepto de los preacuerdos en el derecho comparado, esto es Estados Unidos de América, país que es referente en cuanto al sistema acusatorio se refiere y más con el trámite de las negociaciones entre los implicados en un asunto penal y el ente acusador, figura denominada el *plea bargaining*² donde se advertirá claramente el modelo de negociación anglosajón. De la misma manera se estudiará la justicia negociada en el esquema continental europeo, principalmente en países como Alemania, España e Italia donde los preacuerdos han tenido especial relevancia y han servido de modelo a los demás países como lo veremos más adelante. En la región se analizará el trámite de los preacuerdos en Chile y Perú por contener en su legislación esta figura y resultar de gran interés la comparación con la contenida en el ordenamiento jurídico procesal penal colombiano.

En segundo lugar se estudió la evolución normativa de la justicia negociada en Colombia, iniciando desde los albores de la emancipación española, año 1837 cuando se dio un giro importante en la ley penal colombiana, ya que se apartó de la legislación criminal que venía imperando del periodo colonial, analizando la norma sustantiva ya que no había norma procedimental que regulara la materia y menos

² GROVER J. CORNEJO Y. El plea bargaining. *Revista Derecho y Cambio social* [en línea] Madrid, Edición 007. [Consulta: 07-2020] Disponible en https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/plea%20bargaining.htm#_ftn1

los preacuerdos, hasta la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000³ que incorporó el tema de la sentencia anticipada y sus consecuencias por la colaboración con la justicia; también se analizó la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio con la Ley 906 de 2004 y el acto Legislativo 003 de 2002⁴, que fue el fundamento constitucional de este modelo de Juzgamiento, analizando y comparando las diferentes formas de negociación que en el transcurso de los años se han presentado.

Posteriormente se analizó la evolución que ha ido teniendo los preacuerdos desde su nacimiento con la Ley 906 de 2004, incorporando la noción del concepto moderno que debe tener la negociación de cargos, puesto que a pesar que puede ser un tema muy aplicado por la comunidad jurídica existen vacíos en la concepción de esta figura, lo que se pretende dar claridad. De la misma manera se abordó en el estudio jurisprudencial de los preacuerdos y negociaciones, principalmente en las modalidades de aceptación de cargos según la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal y la Corte Constitucional, puesto que la misma ha sido variada en el tiempo y de donde se concluirá que esta posición que hoy se estudia se encuentra acorde con los diversos pronunciamientos de las altas cortes. También se estudió el tema del reintegro como prerrequisito para negociar y la obligación de reparar a las víctimas desde la óptica igualmente de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, para finalizar con el rol que debe tener el Juez dentro del trámite de la negociación, el control material de la acusación, al ser un tercero imparcial pero totalmente trascendental para el proceso penal.

³ Colombia. Congreso de la República. Ley 600. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. [en línea]. (24 de julio de 2000). [Consulta: 26-08-2020]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

⁴ Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. [en línea]. (19 de diciembre de 2002). [Consulta: 26-08-2020]. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>

Por último se abordó el punto quizá más importante del trabajo, denominado afectación a los límites constitucionales y legales frente a la variación de la calificación jurídica en la figura de los preacuerdos, que resulta de analizar principalmente la manera como se estaba negociando y condenando por el delito que no se había cometido, lo cual traía afectación a la estructura del proceso penal, y a los principios de legalidad, estricta tipicidad y unidad de jurisdicción, y consecuencias como la prescripción del proceso penal con el cambio de calificación jurídica en razón al preacuerdo sin justificación alguna. De igual manera se concluyó que el proceso de preacuerdo no debe generar Impunidad ni afectación a las víctimas frente a la condena por el delito realmente perpetrado y la pena que soporta el procesado es la adecuada cuando se emite sentencia condenatoria por el punible que cometió.

Es por lo anterior, que se expondrá que dentro del trámite de los preacuerdos es imperioso condenar por el delito que se perpetró, con el fin de respetar los fines contenidos en el artículo 348 de la obra procesal penal⁵ y la rebaja de pena que salga del proceso de negociación solo debe ser para efectos punitivos, lo cual respeta todos y cada uno de los derechos y principios contenidos en el procedimiento penal y las partes que ella lo conforman, sin que se desnaturalice la figura de los preacuerdos y negociaciones, lo que generará seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

⁵ Colombia. Congreso de la República. Ley 906. Óp. cit.

CAPÍTULO I. PREACUERDOS EN EL DERECHO COMPARADO

Se aborda el tema de los preacuerdos desde el derecho comparado, buscando entender el alcance de la justicia negociada y la repercusión que ha tenido en Colombia al momento de implementar la Ley 906 de 2000, la cual, según se advierte, ha adquirido diferentes vertientes y sistemas.

Dentro del esquema más importante y el que más ha influenciado el sistema acusatorio colombiano, específicamente el tema de preacuerdos, es el derecho penal estadounidense, quien a través de la figura del *plea bargaining* busca mejorar los beneficios para las partes que entran a negociar. El dominio de esta figura en diferentes sistemas penales de otros países ha sido tan amplio que, ha sentado las bases del cómo, cuándo y por qué entrar a pactar diferentes beneficios a cambio de una aceptación de cargos por parte del responsable del injusto.

Como se verá, el dominio del sistema americano, el europeo y el latinoamericano, ha llevado a que cada país retome esta figura de consenso, con ciertas variantes y vertientes, pero en el fondo mantienen su esencia de beneficiar al procesado o acusado con una rebaja de su pena, a cambio de aceptar los cargos y así contribuir a descongestionar la administración del sistema de justicia.

Para entrar a estudiar el primer sistema del derecho comparado, que es el americano, resulta importante mencionar la sentencia de la Corte de Estados Unidos en el caso *Santobello Vs Nueva York y Robert M. Brady*, del 20 de diciembre de 1971⁶, y lo que se ha denominado la manifestación de culpabilidad por parte del implicado en un delito dentro del proceso de negociación.

⁶ Estados Unidos. Tribunal Supremo. *Santobello contra NUEVA YORK*. 1971. No. 70-98. M.P. Warren E. Burger. Disputado: 15 de noviembre de 1971 Decidido: 20 de diciembre de 1971. [en

Este caso se destacó porque existió una negociación entre el fiscal del caso y el procesado, declarándose este último culpable de un delito menor al endilgado, procediendo a acordar el encartado con el ente acusador, que no se hiciera ninguna recomendación adicional al Juez al momento de la sentencia. Pasado el tiempo, cuando se realizó la audiencia para dictar sentencia un nuevo fiscal arribó al proceso y recomendó la pena máxima, y el Juez efectivamente la impuso. El condenado al advertir que habían cambiado los términos de la negociación intentó sin éxito retirar su declaración de culpabilidad y su condena fue confirmada en apelación.

El caso anterior nos incorpora a la presente investigación, en el ámbito de las negociaciones y los preacuerdos, dejando entrever que en algunas ocasiones los operadores jurídicos desaciertan, siendo esta sentencia estudiada por ser un claro ejemplo de un error en los procedimientos judiciales, en parte, sin duda, debido al enorme aumento de la carga de trabajo de las fiscalías, y/o por desconocimiento del expediente mismo y de la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso en concreto. La disposición de los cargos penales por acuerdo entre el fiscal y el acusado, denominado en el sistema anglosajón como "negociación de culpabilidad", es un componente esencial de la administración de justicia. Si se administra correctamente, es recomendable, funciona y el aparato judicial se descongestiona en gran medida.

1.1 EL *PLEA BARGAINING* EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El *plea bargaining* es una forma especial de procedimiento criminal del Sistema Americano, donde el denunciado junto con la Fiscalía piden al Juez una reducción de hasta un tercio de la probable sanción, la que sería impuesta de otra manera por

línea]. [Consulta: 27-08-2020]. Disponible e: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/404/257.html>

el hecho delictuoso.⁷ Típicamente, estas concesiones toman la forma de una sentencia reducida en la pena a imponer por el tribunal o en la reducción en la naturaleza del delito acusado, las cuales son avaladas por el fiscal.⁸

Esta forma de negociación está limitada en Estados Unidos a determinados Estados^{9*} y además sólo se permite negociar para determinados punibles. En ningún caso está permitido preacordar, aunque así lo quiera el acusado, cuando el Estado está solicitando como castigo la pena de muerte, como quiera que en estos eventos se debe ir a juicio.

La doctrina generalmente ha indicado que la práctica de la negociación en los Estados Unidos surgió a principios o mediados del siglo XIX, y se convirtió en una característica estándar de los tribunales penales cerca del final del siglo XIX y creció sustancialmente durante el siglo XX¹⁰. La trayectoria de crecimiento de esta negociación ha aumentado cada vez más en razón a sus beneficios, los cuales se pueden enumerar así:

- Es una herramienta efectiva para negociar la resolución de controversias sin necesidad de confrontación en sala (evitando que una víctima o un testigo vulnerable tengan que testificar).
- Elimina la incertidumbre que existe con un juicio, para ambas partes.

⁷ GROVER J. y CORNEJO Y. El plea bargaining. *Revista Derecho y Cambio social* [en línea] Óp. cit.

⁸ MALONE, Carlie. *Vanderbilt Law Review*. [en línea] May Graphs. Base de datos: Academic Search Ultimate. 2020, Vol. 73 Issue 4, Chart, 12. [Consulta: 07-2020] p. 49. Disponible en <https://vanderbiltlawreview.org/lawreview/category/notes/>

^{9*} Estados Unidos Contra suplica (17) Arizona, Arkansas, California, Colorado, La Florida, Georgia, Hawaii, Kansas, Kentucky, Michigan, Mississippi, Nevada, México Nuevo, York Nueva, Oregon, Pennsylvania, Wyoming, Estados sin Contra suplica, (34), Alabama, Alaska, Connecticut, Delaware, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Luisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Hampshire Nuevo, Jersey Nueva, Carolina Del norte, Dakota Del norte, Ohio, Oklahoma, Isla De Rhode, Carolina Del sur, Dakota Del sur, Tennessee, Tejas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, C.C. De Washington, Virginia Del oeste, Wisconsin.

¹⁰ MALONE, Carlie. *Vanderbilt Law Review*. Óp. cit.

- Liberan recursos de la comunidad, por ejemplo, el tiempo de los policías que serían testigos y por tanto pueden continuar la investigación de otros casos.
- Reduce la población en las cárceles al disminuir los tiempos de las sentencias en los términos preacordados.
- Liberan recursos del tribunal para atender otros casos pendientes.

En ese orden, y en razón a los beneficios que genera para todas las partes involucradas en el proceso, es factible indicar que en las cortes federales más del 97% de los casos se resuelven a través de las negociaciones, y cerca del 60% de estas penas son las solicitadas por el Gobierno¹¹. Esta situación, se reflejó claramente con la providencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Argersinger Vs Hamlin* del 12 de junio de 1972, donde se advirtió la congestión que se presentaba en la justicia penal, y la necesidad de un esquema negociado.

De la misma manera, en la sentencia *Missouri Vs Frye* del 20 de diciembre de 1971, se analizó la importancia del *plea bargaining*, por cuanto era un mecanismo que agilizaba los procesos, y la resolución del caso por medio de una negociación sin el desarrollo de un juicio extenso, al punto que consideró este modelo de vital importancia para la justicia penal estadounidense.

Para llegar a la anterior proporción, la Fiscalía debe estructurar un buen caso, es decir que para cada cargo debe tener suficiente evidencia^{12*} para ser probado en el juicio, por cuanto contar con una “causa probable”^{13**} no garantiza que automáticamente se consiga el caso.

¹¹ *Ibíd*em, pág. 1166.

¹² *Evidencia clara y convincente: significa que la evidencia que se presenta tiene que ser alta y sustancialmente más probable que sea cierta y no falsa.

¹³ ** Significa una probabilidad justa o alguna prueba creíble de que se ha cometido un delito y de que el acusado cometió ese delito.

Por ejemplo, en un asunto donde el encartado esté siendo acusado por un delito que conlleva una sentencia potencial de diez años. Si el fiscal percibe un 50% de posibilidades de ganar en el juicio, estaría dispuesto a ofrecerle al acusado un acuerdo de culpabilidad entre cinco y diez años. Si el encartado percibe una probabilidad del 70% de ser condenado en el juicio, estaría dispuesto a aceptar un acuerdo de culpabilidad por cualquier sentencia de menos de siete años. Es así como el Fiscal y el acusado pueden llegar a un acuerdo por una sentencia entre cinco y siete años, y a medida que disminuye la probabilidad de condena en el juicio, el descuento ofrecido en una declaración de culpabilidad deberá aumentar para incentivar al acusado a aceptar la oferta. Pero, si el procesado anticipa un 90% de posibilidades de condena, aceptará cualquier oferta por menos de nueve años.

Todos estos parámetros, tienen sustento en los principios de enjuiciamiento federal que permiten a los Fiscales materializar políticas prácticas deseables en el cumplimiento de sus responsabilidades de procesamiento de cargos penales, incluyendo la celebración de acuerdos de declaración de culpabilidad, los cuales tiene como propósito: contribuir a una gestión eficaz y eficiente del proceso penal; mejorar la coordinación de las actividades de investigación y procesamiento entre agencias; e informar al público sobre el proceso de decisión que tramitan los fiscales federales.

Para que el Fiscal determine si es apropiado celebrar un acuerdo de declaración de culpabilidad debe valorar todas las consideraciones relevantes, las cuales, según el Manual de Justicia Federal, en el título 9° apartado 9-27.420 – precisa:¹⁴

- La cooperación del acusado en la investigación o procesamiento de otros;
- Los antecedentes penales del acusado;

¹⁴ Estados Unidos de América. Manual de Justicia Federal, en el título 9°. Apartado 9-27. 420. [en línea]. (s.f.). [Consulta: 29-10-2020] Disponible en <https://www.usa.gov/espanol/agencias-federales/departamento-de-justicia>

- La naturaleza y gravedad del delito o delitos por los que se le acusa; (Por ejemplo, en el caso del “Chapo Guzmán” no se planteó un preacuerdo)
- Su disposición a aceptar la responsabilidad de su conducta;
- La conveniencia de una pronta y cierta resolución del caso;
- La probabilidad de obtener una condena en el juicio;
- El efecto probable en los testigos; (es evitar poner a los testigos en peligro o revictimizar)
- La sentencia probable u otras consecuencias si el imputado es condenado;
- El interés público en llevar el caso a juicio en lugar de una declaración de culpabilidad;
- El costo del juicio y la apelación;
- La necesidad de evitar demoras en la resolución de otros casos pendientes;
- Los intereses de las víctimas, incluyendo cualquier efecto sobre el derecho a la restitución.

Dentro del título 9-27.400 del Manual Federal se perciben tres tipos de acuerdos de declaración de culpabilidad: 1) denominado “acuerdo de cargos”, que son negociaciones mediante las cuales el procesado acepta la responsabilidad de un delito acusado o de un delito menor o relacionado, y no se solicitan o se desestiman otros cargos; 2) “acuerdo de sentencia”, son preacuerdos en virtud de los cuales el gobierno adopta una determinada posición con respecto a la sentencia que se impondrá; y 3) “acuerdos mixtos” los cuales combinan una declaración de culpabilidad con una desestimación de cargos y un compromiso del fiscal sobre la posición del gobierno en la sentencia.

Los acuerdos de cargos, como su nombre lo indica son la desaparición de algún cargo a cambio de una declaración de culpabilidad, pero en todo caso el Fiscal debe solicitar una aceptación de responsabilidad por los delitos más graves, que son los más fácil de comprobar. Ahora, si un fiscal determina después de haber realizado

la acusación que, como resultado de un cambio en la evidencia o por otra razón (por ejemplo, ha surgido la necesidad de proteger la identidad de un testigo en particular hasta que testifique en contra un acusado más significativo), un cargo no es fácilmente demostrable o que una acusación exagera la gravedad de un delito, el acuerdo de culpabilidad puede reflejar la reevaluación del fiscal.

Los acuerdos de sentencia se clasifican en dos tipos de ofertas. En el primero, los fiscales pueden negociar una sentencia que esté dentro del rango de pautas especificado por la *United States Sentencing Commission*¹⁵. Esto significa que cuando un rango de referencia es de 18 a 24 meses, el fiscal tiene la discreción de recomendar una sentencia de, por ejemplo, 18 a 20 meses en lugar de argumentar una sentencia por el máximo de la pena. El acuerdo de culpabilidad se puede redactar una vez el Tribunal haya estipulado el rango de la pena, el Fiscal recomendará una proporción en ese rango, o eventualmente, solicitará un ajuste menor de la pena por la aceptación de responsabilidad.

En segundo lugar, el fiscal puede tratar de apartarse de las pautas y cubrir todo el rango de posiciones que el gobierno podría desear tomar al momento de la sentencia. Entre las opciones están: no oponerse a la solicitud del acusado; solicitando un tipo específico de beneficio (por ejemplo, una multa o libertad condicional), una multa específica o un período de prisión, o no más que una multa o un término específico de prisión; y solicitar beneficios concurrentes en lugar de consecutivas. El acuerdo con cualquiera de estas opciones debe ser consistente con las pautas de sentencia.

¹⁵ La Comisión de Sentencias de EE. UU., es una agencia independiente bipartidista ubicada en la rama judicial del gobierno, fue creada por el Congreso en 1984 para reducir las disparidades en las sentencias y promover la transparencia y proporcionalidad en las sentencias. La Comisión recopila, analiza y distribuye una amplia gama de información sobre las prácticas de imposición de sentencias federales. La Comisión también establece y modifica continuamente las pautas de imposición de penas para el poder judicial y asiste a los demás poderes en el desarrollo de una política criminal eficaz y eficiente. Estados Unidos. Comisión de Sentencias. [en línea]. (s.f.). [Consulta: 30-09-2020]. Disponible en <https://www.ussc.gov/>

Finalmente, los acuerdos mixtos, abarcan tanto la negociación de cargos como la negociación de sentencias, los cuales deben reflejar la totalidad de las conductas del acusado y cualquier beneficio que el fiscal esté de acuerdo en otorgar, pero en todo caso los cargos no se retirarían si representan una desviación significativa de los principios establecidos en el Manual Federal. Sin embargo, hay dos circunstancias comunes en las que se pueden retirar los cargos de acuerdo con estos principios.

Primero, si la sanción que se van a imponer en la sentencia no se ve afectada, los cargos comprobables pueden ser desestimados o retirados como parte de un acuerdo de declaración de culpabilidad, es decir se evalúa si al retirar un cargo afecta la sentencia, incluidas sanciones monetarias como la restitución o la confiscación. Por ejemplo, una persona que va ser acusado de cinco hurtos bancarios, la decisión de imputar solo uno o de desestimar cuatro cargos de conformidad con un acuerdo, debe ir en armonía con la sentencia que no se verá afectada, independientemente de la cantidad de robos que se le hayan endilgado.

En segundo lugar, los fiscales federales pueden retirar los cargos fácilmente comprobables con la aprobación específica del Fiscal de los Estados Unidos, el Procurador General Adjunto o un funcionario de nivel de supervisión designado. Por ejemplo, las aprobaciones para retirar los cargos en un caso particular se pueden dar porque la oficina del Fiscal de los Estados Unidos está particularmente sobrecargada, el caso llevaría mucho tiempo investigarlo, y proceder al juicio reduciría significativamente el número total de casos resueltos por la oficina.

En conclusión, en cualquiera de los tipos de negociación antes descrito, los únicos involucrados en la negociación son acusado y Fiscal, por ningún motivo el Juez o Tribunal tienen la potestad de participar en el mismo. Además es importante resaltar que el pacto refleje la totalidad de las conductas cometidas, y que los Fiscales busquen un acuerdo por el delito más grave, que sea coherente con la naturaleza y el alcance total de la conducta del acusado, además debe buscar que la sentencia sea sostenible evaluando cada situación en particular, pero en todo caso el Fiscal

no puede ejercer influencia para obtener una declaración de culpabilidad, ni desechar cargos para llegar a una aceptación de responsabilidad que no refleje la realidad de los hechos.

1.2 JUSTICIA NEGOCIADA EN EL ESQUEMA CONTINENTAL EUROPEO

Se advertirá dentro de los sistemas penales alemanes, italiano y español, el manejo del esquema consensuado, cuáles han sido sus posibles orígenes, para lograr determinar la influencia que han tenido en Colombia, por cuanto dogmáticamente el derecho penal colombiano presenta matices de esos modelos, los que se ven reflejados en la normatividad que rige el sistema penal.

De ahí la importancia de acercarse al estudio de los preacuerdos dentro de dichos sistemas, y poder entender la línea de los preacuerdos como hoy se está aplicando en Colombia.

1.2.1 Sistema Alemán. El Código de Procedimiento Alemán (Strafprozeßordnung - StPO)^{16*} sólo contempló hasta 1999 la posibilidad de un acuerdo entre el fiscal, acusado y el tribunal, el cual modificaría la calificación legal del hecho punible y la imposición de la pena.¹⁷ Sin embargo, en la práctica alemana se celebraron acuerdos informales (informelle Absprachen) aproximadamente desde 1970.

En Alemania, a diferencia de otros países de derecho civil donde esta práctica se comenzó a tratar con delitos menores, los acuerdos informales tenían como objetivo

^{16*} La versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998. Código Penal del 15 de mayo de 1871 (RGBl. S. 127), en la versión del 13 de noviembre de 1998 (BGBl. I,3322), modificada últimamente 34a Ley modificatoria del derecho penal: § 129b StGB (34. StrÄndG) vom 22. August 2002 (BGBl. I, 3390).

ORTIZ DE NORIEGA, Juan; ROXIN, Claus; y EIRANOVA ENCINAS, Emilio. Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO. Secciones 160b, 202a y 212. Editorial: Madrid: Marcial Pons. [en línea]. 2000. [Consulta: 2021]. Disponible en <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html>

¹⁷ GALAIN PALERMO, Pablo. La negociación en el proceso penal. [en línea]. *Revista de Derecho Universidad Católica Del Uruguay*. 2006. p. 166 [Consulta: 07-2020] Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2762563>

tratar casos más complejos como delitos de cuello blanco; luego fue extendido a delitos de drogas, delitos financieros, evasión fiscal, delitos ambientales, y así sucesivamente.¹⁸

Los acuerdos informales fueron usados en dicho país hasta 1987 cuando fue demandada la constitucionalidad de esas prácticas, y el Tribunal Constitucional Federal por primera vez determinó que los acuerdos eran constitucionales¹⁹, siempre que no se afectara ningún derecho fundamental. En aquella decisión, el Tribunal estableció algunos requisitos para las negociaciones como fue el principio de proporcionalidad, evaluación exhaustiva de los hechos y consideración completa de la ley.

En 1997 el Tribunal Federal de Justicia se pronunció sobre los acuerdos en el derecho penal, determinando su compatibilidad con los principios del procedimiento criminal alemán²⁰, estableciendo algunas restricciones a su práctica tales como la prohibición de negociar cargos y la renuncia al derecho de apelación, y ofrecer una cantidad específica de castigo.

Para el año 2009, la legislatura agregó cinco nuevas secciones al Código de Procedimiento Penal alemán -StPO- donde se aceptó por primera vez la práctica de acuerdos negociados, plasmando directrices previas del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, no obstante, los opositores de los acuerdos en el año 2013, demandaron esta práctica, decidiendo el Tribunal Constitucional Federal que los acuerdos “per se”, no son inconstitucionales.

¹⁸ NEZAAMI, Nasiruddin. Designing Trial Avoidance Procedures for Post-Conflict, Civil Law Countries: Is German Absprachen an Appropriate Model for Efficient Criminal Justice in Afghanistan? [en línea]. ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 22, Issue 1. 2015. p. 1-60 [Consulta: 07-2020] Disponible en <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol22/iss1/1/>

¹⁹ RAUXLOH, Regina. Formalization of Plea Bargaining in Germany Will the New Legislation Be Able to Square the Circle? [en línea]. 34 Fordham Int'l. L. Rev. 296, 310. 2012 [Consulta: 2021] Disponible en <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss2/5/>

²⁰ KABUL. Criminal Procedure Code Kabul. Art. 171 1393 (3) (Afg.). 2014.

Es así como las negociaciones en Alemania tienen dos posibles etapas: la etapa preliminar y etapa final. La etapa preliminar comienza desde el proceso de investigación y continúa a través de la audiencia principal; y la etapa final cubre el período en el que el tribunal inicia negociaciones reales con las partes durante la audiencia principal.

Sobre la etapa preliminar es factible indicar que está desarrollada en las secciones 160b, 202a y 212 del Código de Procedimiento Alemán las cuales indican:

“Sección 160b. La fiscalía podrá discutir el estado del proceso con las partes, en la medida en que esto parezca adecuado para acelerar el proceso. El contenido esencial de esta discusión se incluirá en los registros”.

“Sección 202a. Discusión del estado de los procedimientos con las partes: Si el tribunal está considerando la apertura de un procedimiento principal, puede discutir el estado del procedimiento con las partes, en la medida en que parezca adecuado para acelerar el procedimiento. Se documentará el contenido esencial de esta discusión.”

“Sección 212. Discusión del estado de los procedimientos con las partes: En consecuencia, se aplicará el artículo 202a una vez abierto el procedimiento principal”.²¹

A pesar de lo anterior, algunos autores^{22*} señalan que el legislador con los anteriores artículos no tenía la intención de otorgarle a la fiscalía el poder de celebrar un acuerdo formal, toda vez que no está claro si el resultado de las discusiones tiene efectos vinculantes o si las declaraciones efectuadas por el acusado en ese momento procesal se excluirán del juicio, en el evento de no llegar a un pacto (denominado *fruits of the poisonous tree*).

²¹ ORTIZ DE NORIEGA, Juan; ROXIN, Claus; y EIRANOVA ENCINAS, Emilio. Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO. Op. Cit.

²² * Como el Profesor Nasiruddin Nezaami catedrático de derecho en la Universidad Americana de Afganistán desde 2015.

La sección 243-4 del Código señala: “El juez que preside deberá indicar si las discusiones de conformidad con los artículos 202a y 212 han tenido lugar, si su objeto ha sido la posibilidad de un acuerdo negociado (artículo 257c) y, en caso afirmativo, su contenido esencial. Este deber también se aplicará en el transcurso de la audiencia principal, en la medida en que se hayan producido cambios con respecto a la información proporcionada al comienzo de la audiencia principal”²³.

Sobre este tópico el Tribunal Federal de Justicia del 19 de marzo de 2013²⁴ en análisis a la sección 243-4 del Código, marcó la pauta al permitirle al acusado iniciar negociaciones durante la audiencia preliminar en caso de que tenga la intención de ingresar a un acuerdo.

Sin embargo, la anterior sección, al igual que la 257b^{25**} no son de carácter vinculante y sólo tienen como fin un estado preparatorio, porque el tribunal constitucional ha confirmado la no naturaleza vinculante de la discusión en esta sección²⁶. Es decir que con estas discusiones preliminares lo que se busca es promover la comunicación entre el juez y las partes, para que los posteriores acuerdos se desarrollen con mayor facilidad.

La segunda etapa de la negociación, contrario a la anterior, es de carácter obligatorio para las partes en el evento de llegar a un pacto. Esta fase inicia cuando el tribunal, conforme las discusiones preliminares, concluye que el caso es adecuado para la negociación e inicia el proceso del acuerdo.²⁷

²³ ORTIZ DE NORIEGA, Juan; ROXIN, Claus; y EIRANOVA ENCINAS, Emilio. Óp. cit.

²⁴ SCHEMMEL, Alexander; CORELL, Christian y RICHTER Natalie. Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013, 15 Ger. L. J. 43, 53. 1964.

²⁵ ** Discusión del estado de los procedimientos con las partes: En la audiencia principal, el tribunal puede discutir el estado del proceso con las partes en la medida en que parezca adecuado para acelerar el proceso.

²⁶ KONIG, Stefan y HARRENDORF Stefan. Acuerdos negociados y comunicación abierta en Juicios penales: El punto de vista de la defensa, 15 Ger. LJ 65, 77. 2014.

²⁷ BITTMANN, Folker, Consensual Elements in German Criminal Procedural Law, 15 Ger. L. J. 15 (discussing the consensual element in German law). 2014.

Este periodo está desarrollado en la sección 257c de la StPO donde se estipula la estructura, y límites de las negociaciones:

“1) En los casos adecuados, el tribunal puede llegar a un acuerdo con las partes sobre el curso posterior y el resultado del procedimiento de conformidad con las siguientes subsecciones. La Sección 244 (2) no se verá afectada.

(2) El objeto de este acuerdo solo puede comprender las consecuencias legales que podrían ser el contenido de la sentencia y de las órdenes judiciales asociadas, otras medidas procesales relacionadas con el curso del procedimiento de adjudicación subyacente y la conducta de las partes durante las actas. Una confesión será parte integral de cualquier acuerdo negociado. El veredicto de culpabilidad y las medidas de reforma y prevención pueden no ser objeto de un acuerdo negociado”.²⁸

En el primer inciso del artículo señala que, el encargado de iniciar la negociación es el tribunal, sin embargo, en la práctica tanto la fiscalía como el acusado pueden sugerir iniciar el acuerdo²⁹. Además, en esta sección se excluye a las víctimas como parte en la negociación, quien, si bien puede dar su opinión sobre el acuerdo, la misma no repercute en la decisión del tribunal.

Ahora bien, el segundo inciso determina los tipos permitidos de acuerdos, que son los relacionados con el procedimiento principal: como el compromiso de pago, pagos de indemnización, o renuncia a solicitar compensación, la liberación de custodia, confiscación de propiedad, libertad condicional anticipada y liberación laboral. Prohíbe de manera expresa "la negociación de cargos", y El Tribunal Constitucional Federal afirmó que las partes no pueden negociar otros procedimientos que no se relacionen con los principales del crimen. Por ejemplo, un

²⁸ ORTIZ DE NORIEGA, Juan; ROXIN, Claus; y EIRANOVA ENCINAS, Emilio. Óp. cit.

²⁹ KERSCHER, Martin. Plea Bargaining in South Africa and Germany. [en línea] Stellenbosch Univ. LIB. and Info. SERV. 1, 166-67. 2013 [Consulta: 07-2020] Disponible en http://scholar.sun.ac.za/bitstream/handle/10019.1/80257/kerscher_plea_2013.pdf?sequence=2&isAllowed=y

fiscal no puede desestimar otros cargos pendientes a cambio de la confesión del acusado.³⁰

1.2.2 Sistema Italiano. El Código Procesal Penal italiano de 1988³¹ introdujo un mecanismo de simplificación de procedimientos destinados a juicios acelerados. Cinco eran las alternativas de procedimientos regulados: 1) juicio muy directo; 2) juicio inmediato; 3) procedimiento por decreto criminal; 4) juicio abreviado; y, 5) aplicación de la pena a solicitud de las partes³² (conocido como “patteggiamento”).

Se implementó el nuevo “patteggiamento” con el CPP de 1988, derogando la legislación de 1981, siendo apropiado originalmente a delitos cuya sentencia final se limitaba a dos años, calculados en reducción de un tercio en beneficio del acusado, pero luego, en 2003, se amplió hasta el límite de cinco años, también después de la disminución³³.

El legislador italiano, para la incorporación del patteggiamento, se ha inspirado en una institución procesal penal proveniente de la tradición cultural de common law, el plea bargaining³⁴, sin embargo, son claras y marcadas sus diferencias pues aquel es un juicio especial autónomo que debe sujetarse al principio constitucional de la legalidad de la acción penal del artículo 112 de la Constitución italiana, además de

³⁰ SCHEMMEL et al., Supra nota 11.

³¹ Italia. Presidencia de la República. Decreto N° 447. Por el cual se decreta el Código de procedimiento penal [en línea]. (22 de septiembre de 1988, y entró en vigor el 24 de octubre de 1989). [Consulta: 25-11-2020]. Disponible en <https://elderecho.com/el-sistema-procesal-penal-italiano>

³² Applicazione della pena su richiesta delle parti.

³³ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. [en línea] Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. (Janeiro a Junho de 2015) Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. 2015 [Consulta: 07-2020] Disponible en https://www.researchgate.net/publication/281229305_BARGANHA_NO_PROCESSO_PENAL_ITALIANO_ANALISE_CRITICA_DO_PATTEGGIAMENTO_E_DAS_ALTERNATIVAS_PROCEDIMENTAIS_NA_JUSTICA_CRIMINAL

³⁴ PEREIRA PUIGVERT, Sílvia. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. Justicia. Núm. 2. 2015. p. 309-348.

existir un control judicial más activo sobre la regulación y adecuación del acuerdo por parte del juez.³⁵

Así las cosas, al ser un proceso especial el *patteggiamento* se caracteriza por la ausencia de uno de los tres segmentos principales del procedimiento penal italiano: *indagini preliminari, udienza preliminare y juicio*. Además, de ser un acto dispositivo o un derecho personalísimo del acusado, quien entra a negociar con el Ministerio Público y presentan ante el juez el acuerdo, solicitando se imponga la pena prevista en el Código Penal reducida en un tercio, lo que representa una recompensa para el imputado³⁶

El Artículo 444 del Código de Procedimiento Penal Italiano que trata sobre la solicitud de aplicación de la pena previa indica: (*Applicazione della pena su richiesta*)

“1. El acusado y el fiscal podrán solicitar al juez la aplicación, en la especie y en la medida indicada, de una sanción sustitutiva o una sanción pecuniaria, disminuida hasta en un tercio, o una pena privativa de libertad cuando esta, atendiendo a las circunstancias y reducida hasta en un tercio, no excede de dos años de prisión o arresto, solos o juntos bajo sanción pecuniaria³⁷ .

El punto focal del ejemplo italiano es la necesidad que el Fiscal motive la idoneidad del acuerdo y las posibles consecuencias ante un rechazo, por demás que el juez para dictar sentencia debe valorar la situación probatoria existente hasta el momento que se le presenta el *patteggiamento* pero sin posibilidad de completar la valoración probatoria como en un juicio ordinario. Al valorar la propuesta de negociación junto con la situación probatoria, el juez realiza un análisis tanto material y formal de la propuesta, lo que en ocasiones conlleva la absolución del

³⁵ Ver: GOMES DE VASCONCELLOS Supra nota 18.

³⁶ Ver PEREIRA Puigvert Supra nota 19.

³⁷ Italia. Código de Procedimiento Penal Italiano. Artículo 444. 1988. p. 35.

acusado, es decir que en este enfoque de preacuerdos es disímil con el estilo americano que automáticamente conduce a la condena del imputado. Esta conclusión se extrae del inicio segundo del artículo 444 del Código referido, al precisar:

“Si también existe el consentimiento de la parte que no formuló la solicitud y no debe dictar sentencia absolutoria de conformidad con el art. 129, el juez, sobre la base de hechos, si la calificación legal del hecho se considera correcta, la aplicación y la comparación de las circunstancias propuestas por las partes, así como la correspondiente sanción indicada”.³⁸

En consecuencia, el juez puede rechazar el trato si entiende que la pena sugerida es inapropiada para los fines constitucionales, bien por exceso o por insuficiencia, y por tanto no se limita al mero análisis de requisitos formales, ya que ejerce su potestad jurisdiccional en la determinación de la pena, en la valoración de la presunción de inocencia, el derecho a la libertad y defensa. Aspecto que se atempera con el sistema de negociación en Colombia, donde al Juez por regla general le está vedado realizar un estudio material de lo pactado, salvo que se quebranten derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes, como del proceso mismo, como se analizará en los siguientes capítulos.

Ahora bien, conforme al artículo 445 del Código de Procedimiento Italiano, los efectos de la aplicación del *patteggiamento* conllevan ventajas para el procesado, además de la reducción de la pena, como lo son: el no pagar las costas procesales y extinguir los efectos penales del delito cometido, siempre y cuando no se cometa otro delito dentro de un plazo determinado (cinco años). Además de una ventaja para el Estado como lo es procesar al imputado con celeridad.

³⁸ *Ibidem*.

En el sistema italiano a partir del año 2003 existen dos clases de negociaciones, como lo son el: *patteggiamento tradizionale* y el *patteggiamento allargato* el cual nació en la Ley 134 de 12 de junio de 2003, ampliando el ámbito de aplicación de este instituto a más delitos. El primero de los citados, es el ya indicado en el artículo 444 del Código que permite a la Fiscalía e imputado ponerse de acuerdo sobre una sanción sustitutiva o pecuniaria o una pena de prisión que, al reducirla hasta un tercio, no exceda de dos años sola o conjuntamente con la pena pecuniaria, el cual se aplica tanto a delitos graves (mafia, terrorismo, etc.), como a delincuentes habituales.

El segundo de los citados trae como modificación su ámbito de aplicación, pues permite al imputado o al Fiscal acordar una sanción de dos años y un día hasta cinco años de prisión, una vez aplicadas las posibles circunstancias atenuantes y la reducción de un tercio de la pena privativa de libertad. Se emplean para delitos graves como la tentativa de homicidio, la malversación de fondos, la extorsión y el robo a mano armada. Sin embargo, está excluida su utilización en delitos como el terrorismo, violencia sexual o similar, y prostitución de menores y confiscación de material pornográfico, además de exclusión subjetiva sobre determinados tipos de imputados, como los que han sido declarados delincuentes habituales, por tener una conducta reincidente.³⁹

1.2.3 Sistema Español. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, la institución de la “*conformidad*” estaba regulada en el proceso común ordinario dentro de dos momentos procesales: en la fase intermedia al formalizar la defensa su escrito de contestación a la acusación (art. 655), y en la del juicio oral, al inicio de las sesiones, cuando a preguntas del Presidente del Tribunal el acusado se confesaba culpable del delito imputado (art. 689.2). En ambos casos, y siempre que el delito no excediera de una pena superior a los seis años, la aceptación del acusado

³⁹ PEREIRA PUIGVERT, Sílvia. Un pacto con la justicia. El *patteggiamento* tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. Justicia. Núm. 2. 2015. p. 327 y 328.

ocasionaba la finalización del procedimiento mediante sentencia, dictada sin el previo y preceptivo juicio oral.⁴⁰

Si bien la anterior postura de dicha institución no se ha derogado, si ha sufrido cambios con la creación del procedimiento abreviado a través de la L.O. 7/1998, particularmente en sus artículos 779.5ª y 787, donde se estableció que el proceso abreviado es el óptimo para juzgar delitos con pena de hasta nueve años de prisión. Así mismo, con la Ley 34 de 2002 se creó un tipo de conformidad que es dictada por el juez de instrucción de guardia en los “juicios rápidos”, este trámite está regulado en el actual artículo 787 de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal donde se fija que para tener efectos la aceptación de cargos del imputado, debe hacerse sobre delitos que tengan como pena hasta seis años de prisión.

La *conformidad* en España tiene unas características especiales que la diferencia de la negociación o acuerdo conocido en el sistema anglosajón, la principal y más relevante es que esta figura es un acto procesal unilateral, es decir que únicamente interviene la defensa y acusado, toda vez que en dicho ordenamiento jurídico no está autorizada la mediación del Ministerio Fiscal. En consecuencia, la *conformidad* no constituye un acto de negocio jurídico entre dos partes, contrario a ello es un allanamiento del acusado a la más alta petición de pena.

Así las cosas, esta figura en el país ibérico es una declaración de voluntad del acusado de ponerle fin a un proceso que inició en su contra, aclarando que acepta la pena más elevada de las requeridas por la parte acusadora, y no al hecho punible, conforme lo estipulan los Artículos 784.3 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁰ HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. La reforma del proceso penal en España. [en línea]. Universidad de la Sabana Revista Dikaion. Nbr. 14, November. 2005. [Consulta: 2021] p. 77. Disponible en <http://doctrina.vlex.com.co/vid/reforma-proceso-penal-espana-826181245>

“Artículo 784 (3). En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787.

Artículo 787: Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentará en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes”⁴¹.

Ahora bien, la *conformidad* tal y como está diseñada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acarrea varios tipos dependiendo del procedimiento en el cual se encuentre: en el proceso penal ordinario para delitos, en el proceso abreviado y en el denominado proceso para enjuiciamiento rápido de delitos.

En el primer proceso mencionado, el ordinario, y en los abreviados, la conformidad es concebida a través de la presentación del escrito de defensa, la cual se denomina “*conformidad con la calificación o conformidad con el escrito de acusación*”; o a través de su manifestación al inicio de la vista antes de iniciarse la práctica de pruebas, de manera correlativa al escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad. (Artículos 655 y 688 para el proceso ordinario y artículos 784.3 parágrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento).

El otro tipo de conformidad, que se aplica en igual sentido al proceso abreviado contemplado en los artículos. 779.1.5ª, 784.3 parágrafo 2 y 787.1 de la Ley, contempla que la parte acusadora y la parte acusada suscriban conjuntamente un nuevo escrito de acusación donde, bien sea que se llegue a un acuerdo sobre la

⁴¹ España. Rey de España. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 784.3 y 787. 2015. p. 1.

imputación fáctica o sobre la imputación jurídica concretada en una pena según el tipo penal imputado.⁴²

La última clase de *conformidad* es la que se presenta en el procedimiento rápido, dentro de los artículos 779.1.5ª y 801 de la Ley de Enjuiciamiento, la cual se caracteriza en el otorgamiento que hace la norma de una rebaja punitiva de una tercera parte de la pena a imponer y de manera especial se concede la suspensión de la pena o la sustitución de la misma.

En cualquiera de los anteriores eventos la *Conformidad* tiene un control por parte del juez o tribunal, donde evalúa la calificación de los hechos, la pena solicitada, si existe libre consentimiento del acusado, así como que el mismo es consciente y ha comprendido las consecuencias que la conformidad implica. Sólo bajo esos parámetros dictará una decisión contra la cual se puede presentar los recursos conforme al artículo 787.6 de la Ley cuando no se hayan respetado los términos de la conformidad o cuando no se hayan observado los requisitos exigidos en la ley; sin embargo, el condenado, no podrá recurrir por razones de fondo a su conformidad libremente prestada⁴³.

Finalmente, sobre el ámbito de aplicación de la *conformidad*, nuevamente hay que diferenciar el tipo de proceso que se surte. Si se está en un proceso ordinario para delitos graves y el procedimiento abreviado se establece que el ámbito objetivo de la conformidad, es sobre delitos cuya pena no exceda de seis años.

Pero si es está frente a un proceso de enjuiciamiento rápido según el artículo 801.1.2 dispone que la conformidad en este tipo de procedimiento será aplicable

⁴² MOLINA LÓPEZ, Ricardo León. La conformidad en el proceso penal (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana). [en línea]. Universidad de Sevilla, Departamento de Penal y Procesal, Tesis Doctoral. 2011. [Consulta: 2021]. p. 300. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=145233>

⁴³ Ver: HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel supra nota 25.

cuando los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años. Agrega en el numeral 3° del mismo artículo que tratándose de pena privativa de la libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no puede superar, luego de aplicar la reducción legal de una tercera parte, los dos años de prisión.

En suma, se evidencia que el sistema español se diferencia de los demás esquemas analizados y especialmente del colombiano, pues en aquel no se presenta una negociación tan evidente entre la parte acusada y la Fiscalía, es decir no existe una pugna entre las partes, sino que es una aceptación voluntaria de la pena más elevada de las requeridas por la parte acusadora. Figura que se atempera al “allanamiento a cargos” en Colombia, con la diferencia que en el régimen del país cuando el acusado o imputado acepta los cargos, no interviene el ente investigador ofreciendo una pena, sino que la misma ya es tasada por el Juez de Conocimiento, dependiendo del momento procesal en el cual se presente esa manifestación unilateral de la voluntad.

1.3 PREACUERDOS EN LA REGIÓN (CHILE – PERÚ)

Para el presente análisis es importante analizar los modelos negociados de Chile y Perú, dado que ambos países tienen diferencias procedimentales con el colombiano, pues mientras en aquellos como el chileno sólo se centra el preacuerdo en la pena, en el sistema colombiano se abarca la modalidad de la conducta, participación, atenuantes y agravantes. Así mismo el Código Procedimental peruano es disímil con el colombiano porque permite que los intervinientes como la víctima refuten el pacto, presentando elementos probatorios que desvirtúen la acusación del fiscal. Sin embargo, como a continuación se observará también

existen concordancias entre dichos esquemas con el colombiano, que es de suma importancia abordar el presente estudio.

1.3.1 Sistema Chileno. En el Código Procesal Penal chileno del año 2000 se estableció la justicia negociada tanto del procedimiento abreviado (artículo 406), como el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad (artículo 395), y también la no reclamación del imputado contra la resolución que acoge el requerimiento y la proposición allí contenida de imposición de una multa⁴⁴.

El primero de los procedimientos citados, constituye la renuncia al juicio oral y su reemplazo por un acuerdo entre el imputado y el fiscal por el cual el primero acepta los hechos de la acusación y el juzgamiento basado en los elementos de la investigación realizada por el fiscal, y este último fija una pena que constituye el máximo de la condena que puede ser establecida por el juez.⁴⁵

Se destaca aquí, la importancia de los hechos cometidos y los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía para la toma de decisión por parte del juez. Lo que se ha ido desnaturalizado en Colombia, como se analizará más adelante.

En el Código del 2000 chileno, el anterior procedimiento abreviado tuvo una expresión limitada, dado que su aplicación sólo se permitía a las acusaciones en las que la pena solicitada por el fiscal no excediera los cinco años de privación de libertad, es decir que se usaba en delitos que permitían la sustitución de la privación de la libertad. En ese sentido, según la norma y la práctica, los fiscales tienen la facultad de negociar las penas máximas que se ubiquen en los rangos inferiores de los marcos establecidos por la ley, a favorecer la aceptación por parte del juez de

⁴⁴ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Reflexiones Sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. [en línea]. En: *Revista Chilena de Derecho*. mayo. Vol. 46 Issue 2. Fuente Académica Premier. 2019. [Consulta: 08-2020]. p. 25 Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372019000200451

⁴⁵ RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. [en línea] *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 3, Iss. 3. Editorial Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. 2017. [Consulta: 2021] p. 825-847. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6137648.pdf>

una circunstancia atenuante, a no alegar alguna circunstancia agravante, o a recomendar el uso de una medida alternativa o sustitutiva a la privación de libertad. Todo ello dentro del marco del principio de legalidad, dado que los Fiscales no pueden renunciar a la persecución penal, ni a una parte de ella.⁴⁶

Anterior ofrecimiento, que está sometido al control del juez, quien de acuerdo al artículo 409 del CPP tiene la obligación de verificar la voluntad del procesado en realizar la negociación, teniendo la facultad de rechazarlos, y dictar sentencia con base en las pruebas allegadas y las reglas legales, es decir que el juez con su análisis puede dictar sentencia absolutoria por cuanto los elementos aportados por el Juez no conllevan una responsabilidad del acusado. En todo caso si la decisión es condenatoria, puede ser objeto de recurso de apelación, cuestionándose la voluntad del acuerdo, según el artículo 414 de la misma norma.

Ahora bien, sobre la oportunidad para aplicar el procedimiento abreviado, se tiene que antes de la reforma de la Ley 20.074, de 14 de noviembre de 2005, sólo se podía requerir al juez el estudio de la negociación hasta la audiencia de preparación del juicio oral, pero a partir de su promulgación este procedimiento se puede promover desde la formalización de la investigación conforme al artículo 407 del CPP: “Una vez formalizada la investigación, la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser acordada en cualquier etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral”.⁴⁷

La reforma más sustancial que tuvo el sistema abreviado en Chile fue la Ley 20.931, de julio de 2016, que introdujo un campo de aplicación más amplió para este tipo de proceso, aumentando el límite máximo de la pena que el fiscal puede solicitar para que tenga lugar este tipo de negociación cuando se trata de ciertos delitos contra la

⁴⁶ *Ibidem* p. 25.

⁴⁷ GONZÁLEZ SAN MARTÍN, Felipe Andrés y MARDONES LOYOLA, María José. Análisis doctrinario y jurisprudencial de los procedimientos abreviado y simplificado. Citado por CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Lexis Nexos. 2ª Ed. Santiago [en línea] 2007 [Consulta: 23-11-2020]. p. 287. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2550/112656/de-gonzalez_f.pdf?sequence=1

propiedad, es decir ya no se restringe la petición del fiscal a hechos cuya pena sólo contengan cinco años de prisión, sino que puede pactar acuerdos en punibles que no sean superiores a diez años de prisión o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código.

En todo caso, dentro del sistema penal chileno, el querellante u ofendido tiene la facultad de oponerse a la aplicación del sistema penal abreviado, siempre que tenga elementos que demuestren que la calificación jurídica, o la formación de participación del procesado o las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, difieren de las consignadas por el Fiscal en su acusación y por lo tanto la pena que solicita exceden los límites de la Ley, ello conforme al artículo 408 del CPP.

Se puede concluir que el esquema chileno en cuanto a negociaciones y preacuerdos tiene varias similitudes con el colombiano, en el entendido que el procesado renuncia al juicio oral aceptando su responsabilidad, a través de un acuerdo que ha celebrado con la Fiscalía, quien solicita la aplicación de una pena, sin embargo, las diferencias que se observan son más relevantes para el tema que se analiza, toda vez que el acusado acepta los cargos conforme a los hechos de la acusación, es decir que no existe variación de la calificación jurídica como si sucede en el sistema colombiano en tema de preacuerdos.

En Chile el fiscal sólo tiene la facultad de negociar las penas, requiriendo al juez que se dosifique en los rangos inferiores de los marcos del delito establecidos por la Ley, o favorecer al procesado con la aceptación de una circunstancia de atenuación o no alegar un agravante, con miras a variar la pena.

Otra gran discrepancia con el sistema colombiano, es la participación de la víctima, toda vez que en el esquema del país, si bien se exige que el ofendido tenga conocimiento de las negociaciones y además tenga la potestad de apelar la decisión que se dicta posterior a la aprobación de un preacuerdo, lo es también que no tiene

la facultad de oponerse a la aplicación del sistema penal abreviado, como ocurre en el modelo chileno, donde la parte pasiva del injusto puede enfrentar la negociación con elementos que demuestren que la calificación jurídica o la forma de participación del procesado no se atemperan a las precisadas por el Fiscal, lo que podría generar mayores garantías para este sujeto, quien es la más afectada con las negociaciones en Colombia, como se verá en los próximos capítulos.

1.3.2 Sistema Peruano. El proceso especial de terminación anticipada en el Código Procesal Penal está desarrollado en los artículos 468 al 471⁴⁸, de los cuales se logra extraer como características especiales las siguientes:

El proceso puede ser solicitado tanto por el Fiscal como por el imputado ante el Juez que realiza la investigación preparatoria, y la oportunidad para promover el proceso especial desde el momento que el fiscal dispone la formalización de la investigación preparatoria (artículo 336 del CPP) hasta antes de formular acusación.

Por su lado el Juez de la Investigación Preparatoria dispone, por una única oportunidad, la celebración de la audiencia de terminación anticipada, la cual es de carácter privada, pero que en todo caso no impide la continuación del proceso ordinario.

Ahora bien, en el evento que el Fiscal e imputado presenten conjuntamente un acuerdo provisional, el mismo puede versar sobre las circunstancias del hecho punible, de la pena, la reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de la libertad aquí es necesario que no exista controversia ni por Fiscal ni del imputado.

Una vez presentado el requerimiento, el Juez de Investigación preparatoria correrá traslado a los demás sujetos procesales, quienes tienen la facultad de pronunciarse

⁴⁸ Perú. Congreso. Decreto Legislativo 957. Promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio de 2004. Por medio del cual se promulga el Código Procesal Penal. Artículos 468 al 471. 2006. [en línea]. (29 de julio de 2004). [Consulta: 30-11-2020]. Disponible <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/>

acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, si lo desean formular sus pretensiones.

En la audiencia el Fiscal expondrá los cargos, y el imputado tendrá la facultad de aceptar o rechazarlos en todo o parte. El Juez tiene el deber de explicar al procesado sobre las consecuencias de su aceptación e instará a las partes para que lleguen a un arreglo, aspecto muy similar al sistema negociado en Colombia donde el Juez interroga al procesado sobre su voluntad de suscribir el pacto y el respeto por sus garantías constitucionales y legales.

Una vez analizado el acuerdo provisional, el juez tiene la facultad de estudiar la calificación jurídica del hecho punible, y la pena acordada, la cual sólo si es razonable y si existen elementos de convicción suficiente, dictará sentencia condenatoria, la cual es apelable por los sujetos procesales dentro de sus competencias, como por ejemplo cuestionar la legalidad del acuerdo o el monto de la reparación civil, donde el superior jerárquico puede incrementar esta última.

Cuando se trate de procesos con pluralidad de imputados o de delitos, se requiere que el acuerdo lo acepten todos aquellos y por todos los cargos que se incrimine a cada uno, lo que significa alcanzar los objetivos de este proceso especial, pues se podrá abreviar todo el proceso y dictar sentencia. Sin embargo, la misma ley también establece que se podrán realizar acuerdos parciales solo cuando se trate de delitos conexos y en relación con otros imputados, lo que significará que deberán separarse hechos, calificaciones jurídicas e imputadas para posibilitar el acuerdo con el fiscal.⁴⁹

⁴⁹ ROBLES SEVILLA, Williams Alexander. El Proceso especial de terminación anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal. [en línea] En: Revista Vox Juris. 2012. Vol. 24 Issue 2. Base de datos: Fuente Académica Premier. [Consulta: 2021]. p. 42 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171118.pdf>

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS PREACUERDOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Es importante analizar la evolución normativa que ha tenido los preacuerdos en Colombia, como forma de terminación anticipada del proceso penal, no solo dentro del sistema acusatorio, sino la manera como estaba diseñado antes de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la negociación que surgía entre las partes en contienda, advirtiendo que en ese camino legislativo recorrido hasta el actual modelo procesal penal, no existió un código adjetivo hasta el año 1970, pero pese a lo anterior, resulta importante remontarse al periodo inmediatamente posterior a la colonia ya que es de sumo intereses conocer la compilación punitiva hasta la actualidad, en materia de acuerdos, que aunque no fue una figura determinante para los encartados penalmente como en la actualidad, si se permitía ciertos tipos de rebajas punitivas por la colaboración con la justicia y la aceptación de cargos, como se verá a continuación.

De todas maneras, es importante mencionar que, en este análisis se abordó cada uno de los códigos penales de la época, los cuales incorporaban como ya lo mencionamos ciertas rebajas y solo hasta comienzo de los años 70's es que surge el primer código procesal penal, como parte de la política criminal que se manejaba en la época.

2.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA JUSTICIA NEGOCIADA EN COLOMBIA

Es necesario iniciar con el código penal de 1837, el cual dio un giro importante en la ley penal colombiana, ya que se apartó de la legislación criminal que venía imperando del periodo colonial, que prácticamente era una copia de España y Francia, distanciándose ostensiblemente del aspecto religioso que se le daba al

delito, como noción o resultado del pecado. De la misma manera, se advierte que surge indudablemente de la lucha de clases que se tenía en el territorio nacional, pues recuérdese que en el país se estaba terminando la época de la colonia, precedida del yugo de los españoles y la gran lucha libertadora de los nacionales y por ello se había incrementado la violencia y la desobediencia civil.⁵⁰ En este año el Presidente de entonces Francisco de Paula Santander abandona pacíficamente su cargo y se dan las nuevas elecciones presidenciales, iniciándose la llamada tradición *civilista* de Colombia. Es así como, al intentar superar este periodo hacia la república se incrementan las reyertas, las disputas por tierras, el crimen, y el temor de los gobernantes que los ciudadanos que no pertenecían a la elite se continuaran sublevando y reclamando lo que por derecho creían eran suyo, lo que trajo la promulgación del Código Penal de 1837 con el fin de mitigar la ola violenta y oprimir la desobediencia del pueblo alzado, conllevando a un sistema jurídico penal, que en realidad no aportó ni evolucionó al conglomerado de normas que ya venía imperando⁵¹.

Dentro de las críticas que se le hicieron al código penal de 1837, el profesor Gilberto Enrique Parada García⁵², en su artículo *Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837). Un debate historiográfico*, señaló que, para algunos ciudadanos de la época, resultaba inútil este código penal ya que no existía un código de instrucción criminal. Del mismo modo, se evidenció que se estaba

⁵⁰ La prensa bogotana de mediados de la década de 1830 aludía constantemente a los desórdenes públicos, en especial a los robos que ocurrían hasta en las iglesias. El debilitamiento del régimen político se sumó al deterioro de la incipiente producción fabril, especialmente en Bogotá. La sensación de caos se propagó, particularmente, en el año 1834. Esta manipulación de la opinión pública conllevó a la promulgación del código penal de 1837. (Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837). Un debate historiográfico.

PARADA GARCÍA, Gilberto Enrique. Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837) Un debate historiográfico. 2009.

⁵¹ CABALLERO, Antonio. Historia de Colombia y sus oligarquías (1498 - 2017) Capítulo VII Guerras y constituciones (o viceversa). 2017.

⁵² Historiador de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, y estudiante de la maestría en Historia en la misma institución académica. Es docente auxiliar del Departamento de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, y profesor titular del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Antonio Nariño.

alterando y trasgrediendo el principio jurídico de la presunción de inocencia. Se criticó también algunos artículos que contenían pena de trabajos y en general se discrepaba de las penas contenidas en el compilado penal⁵³, entre otras disquisiciones que se le hicieron a la norma⁵⁴.

El Código Penal que finalmente fue aprobado en 1837, contuvo 919 artículos organizados en cuatro libros: el primero dedicado a los delitos y las penas; el segundo, a los delincuentes, la “graduación” de los delitos y la aplicación de las penas; en el tercero se organizaron los delitos y las culpas contra la sociedad; el cuarto incluyó delitos y culpas contra los particulares y sus penas⁵⁵. En cuanto a lo que concierne del presente trabajo, de negociación y acuerdos no se legisló nada al respecto.

El Código Penal de 1873, Ley 112 del 26 de junio de ese año, o Código Penal de los Estados Unidos de Colombia⁵⁶, sustituyó al compilado de 1837, destacándose por contener cuatro libros y 663 artículos, incorporando y abordando aspectos importantes en el campo penal como el tipo de penas, divididas en corporales y no corporales y su ejecución, el trato humanitario a los delincuentes y su separación entre punibles y personas excusables, legisló los delitos contra la sociedad, la paz y contra la Constitución entre otros. Imperante hacer la salvedad que dentro del libro 3 en el capítulo 5 se refirió a los allanamientos, pero resultaba una figura muy diferente a la aquí abordada, puesto que se penalizaba a quien ingresara ilícitamente a guarnición penitenciaria y ayudare a la fuga, luego no se trataba de

⁵³ Colombia. Congreso de la República. Ley 27 de 1837. [en línea]. (1837). [Consulta: 30-11-2020] Disponible en https://cedpal.uni-goettingen.de/data/documentacion/nuevo_foro_penal/NFP38.pdf

⁵⁴ Presume el profesor Parada que el autor de las observaciones o críticas fue Francisco de Paula Santander, el mismo autor de la carta al Redactor del Argos. “A la legislatura de la Nueva Granada. Observaciones sobre el código penal por un granadino” (Bogotá: Imprenta de Nicomedes Lora, 1838, bnc, Bogotá, Fondo Pineda 719, pieza 6).

⁵⁵ PARADA GARCÍA. 2009. Óp. cit.

⁵⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 112. Código Penal de 1873 o Código Penal de los Estados Unidos de Colombia. [en línea]. (26 de junio de 1873). [Consulta: 30-11-2020] Disponible en <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1873.pdf>

aceptación de cargos o negociación como resulta en la actualidad. De la misma manera el artículo 101, contenía unas circunstancias que disminuían la responsabilidad, denominadas *-malicia del delito o la culpa-*, explicando en su numeral 5 que a la persona que se presentare voluntariamente a las autoridades después del delito, o *confesarlo* con sinceridad en el juicio, no estando vencido el reo por otras pruebas, se atenuaría la conducta cometida.

Para algunos tratadistas⁵⁷, la laxitud de esta norma aumentó la criminalidad y la delincuencia lo que conllevó, a que liberales y conservadores coincidieran en la necesidad de aumentar las penas y cambiara la normatividad existente, motivo por el cual surgiría la Constitución de 1886 y a la expedición del código penal de 1890.

La Constitución de 1886, que tuvo a su cargo la redacción por parte de Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro, estableció un Estado autoritario, centralista y confesional que veía todo en términos absolutos, sin matices ni disenso. Era un régimen característico por verdades y pensamientos incontrovertibles, cuya fuente de rigor era la Biblia, volviendo en consecuencia a Colombia a sus raíces coloniales, situación que no escapó al campo penal, de ahí la expedición del código penal de 1890, caracterizado por el principio de autoridad y el endurecimiento de las penas, al punto que se revivió la pena de muerte, en su artículo 40.1⁵⁸ y un periodo clave en la historia colombiana por tratarse del cambio del federalismo a la república unitaria, encontrando una serie de ideas y principios que finalmente se van a mantener hasta hoy, en materia de política criminal.

Es así, como bajo el principio de legalidad surge el Código Penal de 1890, caracterizado por la noción del individuo como ser racional, muy acorde con la época de la ilustración que veía imperando. De igual manera, el legislador era el

⁵⁷ AGUILERA PEÑA, Mario. Las penas. *Revista Credencial*. 2016.

⁵⁸ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. Artículo 40. [en línea]. (1886) [Consulta: 30-11-2020]. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>
Las penas corporales son: La de muerte...

legítimo representante de los intereses de los ciudadanos, determinando con claridad y precisión, las conductas que se consideraban nocivas y señalando la respectiva sanción para los mismos, con el fin de prevenir delitos, debiendo simplemente el Juez aplicar la norma en plena característica de la escuela exegeta.

Dicho compilado normativo, contenía 916 artículos, divididos en tres libros, el primero denominado, *delitos, delincuentes y penas en general, graduación de los delitos y aplicación de las penas* contenido entre los artículos 1 al 149, el segundo abordó *los delitos que afectan principalmente a la nación y la sociedad y punibles cometidos por empleados públicos* (Arts.150-582), y por último los *delitos contra particulares* (583-916), con principios importantes mencionados anteriormente como el de legalidad⁵⁹, el de favorabilidad⁶⁰ y figuras como la tentativa⁶¹ la autoría y participación⁶², y la imputabilidad⁶³ que perdurarían hasta hoy; código que en palabras de Bernate y Sintura:

“Se trata de un estatuto que mantiene la influencia de la Escuela Clásica Italiana, conservando la misma definición de delito como la voluntaria y maliciosa violación de la ley por la cual se incurre en alguna pena (1). Contiene una regulación específica sobre la extradición, señalando que no procede por delitos políticos (18.1) y que, para delitos comunes a falta de tratado, se permite cuando el máximo de la pena aplicable exceda de 5 años de presidio o reclusión y el mínimo no sea inferior a 4 (18.2). Establece la responsabilidad (21) de autores (22), cómplices (23), auxiliares (24) y encubridores (25). Señala que las penas (39) se dividen en corporales (40) y no corporales (41), y entre las primeras aparece nuevamente la pena de muerte (40.1 y 48), que ahora se ejecutaría con armas (48), manteniendo el carácter ritual en su aplicación (51). La pena de presidio no podría exceder de 20 años (57) y la de prisión no puede ser superior a 15 años (59)”⁶⁴

⁵⁹ Colombia. Congreso de la República. Código Penal de la República de Colombia. Artículo 12 párrafo 1. [en línea]. (1890). [Consulta: 01-12-2020]. Disponible en <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1890.pdf>

⁶⁰ *Ibíd.* Artículo 12 párrafo 2.

⁶¹ *Ibíd.* Artículo 11.

⁶² *Ibíd.* Artículos 95 y ss.

⁶³ *Ibíd.* Artículo 29.

⁶⁴ BERNATE OCHOA, Francisco y SINTURA VARELA, Francisco José. Código Penal de la República de Colombia. Ley 19 de 1890 [en línea]. (19 de octubre de 2019) Bogotá: Editorial

En cuanto a aceptación de cargos o negociación, poco o nada cambió en relación con la norma anterior, puesto que la Ley 19 de 1890 en su artículo 118 reiteró el concepto que se venía aplicando en cuanto a la disminución de la malicia y gravedad de la conducta cometida cuando hubiera confesión, así en el numeral 5 se decía que “*El presentarse voluntariamente a las autoridades después del delito, y confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando vencido el reo por otras pruebas, amilánaría la conducta punible cometida y la pena impuesta*”⁶⁵, figura jurídica que dista ostensiblemente del tema que hoy es relevante, en cuanto a preacuerdos, pues de ello nada se abordó en aquella época, pero definitivamente era un acuerdo entre las partes con el fin de disminuir la pena.

Se continuaría con la expedición de la Ley 95 del 24 de abril de 1936 inspirado en la corriente penal italiana positivista que para la época estaba imperando, siendo su principal exponente, el profesor Enrico Ferry que, aunque finalmente no se acogería su proyecto de código penal en Italia, serviría de gran influencia en el colombiano. Este Código Penal de 1936, continuó con los principios de Legalidad⁶⁶ y Favorabilidad⁶⁷ y se empezó a hablar de derecho internacional, como inicio de la globalización del derecho que para la época se tornaba difícil por los escasos medios informáticos, a diferencia de lo que ocurre en el presente, manteniendo de la misma manera figuras importantes, como la peligrosidad y su parámetro para establecer el *quantum* de la pena⁶⁸, sancionaba la tentativa no idónea y el delito imposible⁶⁹, establecía las instituciones de la condena y libertad condicional, así

Universidad del Rosario [Consulta: 02-12-2020]. p. 5 Disponible en <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1890.pdf>

⁶⁵ Colombia. Congreso de la República. Ley 19 de 1890, Artículo 118. Óp. cit.

⁶⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 95. Artículo 1. [en línea]. (24 de abril de 1936). [Consulta: 02-12-2020]. Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>

⁶⁷ Ibídem. Artículo 3.

⁶⁸ Ibídem. Artículos 37 y 38.

⁶⁹ Ibídem. Artículos 18.

como el perdón judicial⁷⁰ y se abordó las diferentes maneras de extinguir la acción penal y las condenas penales⁷¹, estas entre las más significativas.

Con un articulado de 436 disposiciones penales, este código nada trajo diferente a los otros en cuanto a preacuerdos y negociaciones puesto que lo único que continuaría abordando era la reducción de la pena cuando había confesión, así en su artículo 38 numeral 9, explicaba que “*Demuestran una menor peligrosidad y atenúan, por tanto, la responsabilidad -en cuanto no hayan sido previstas de otra manera- las siguientes circunstancias: 9. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito y confesarlo*”. Cuerpo normativo que perduraría hasta el código penal de 1980.

Aquí resulta imperante mencionar que en 1910 en Colombia se efectuó una reforma constitucional, promulgada mediante Acto Legislativo 03, del 31 de octubre de ese año, cuyo objetivo fue principalmente fortalecer el desarrollo de la democracia, como estrategia para mediar el conflicto bipartidista que vivía la sociedad colombiana desde el siglo XIX. De dicha norma extractamos de su artículo 3 que se abolió la pena de muerte.

Ya en el año 1970, bajo el mandato del presidente Carlos Alberto Lleras Restrepo surge a la vida jurídica el primer Código de Procedimiento Penal, Decreto 1345 del 4 de agosto de ese año, con 800 artículos, dentro del cual se destaca principios como el de Legalidad, Debido Proceso, garantía de derechos individuales y favorabilidad, los cuales en su gran mayoría hasta hoy se han mantenido y cumplen en esencia la misma función. Así mismo, queremos enfatizar en el artículo 260⁷²,

⁷⁰ Ibídem. Artículos 80 y ss.

⁷¹ Ibídem. Artículo 101 y ss.

⁷² Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1345. Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 260. La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del

que abordaba la confesión del procesado, pero nada se indicaba acerca de la reducción en la pena, como para asimilarlo a un acuerdo entre las partes y se empieza a estudiar el tema de los jurados⁷³ para las audiencias penales, aspecto propio del sistema penal acusatorio anglosajón.

La norma mencionada anteriormente duró un poco más de 7 meses puesto que fue derogada por el Decreto 409 de 1971, el cual se convertiría en Código de Procedimiento Penal mediante la Ley 2 de 1982 debido a que esta derogó el Decreto 181 de 1981⁷⁴ que no estuvo vigente y restableció la vigencia del Decreto 409 de 1971, teniendo como particularidad principal los principios que ya venían caracterizando a las normas ya estudiadas, como el de legalidad, Debido Proceso, derecho de defensa, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad y la no reformatio in pejus; como también se denota las funciones de instrucción y juzgamiento y la conformación de jurados que se traía de la norma anterior.

Aunado a lo anterior, se mantuvo el precepto de la confesión tal como se aplicaba en el Decreto 1345 de 1970, y la potestad del Juez para amilantar la pena cuando hubiere existido confesión. De la misma manera aparece el Ministerio Público como representante de la sociedad, en defensa de las personas acusadas y las víctimas⁷⁵.

Evidenciándose ampliamente con estas dos últimas normas estudiadas que, el legislador ya incursionaba en algunos de los principios y modelos que contiene el

delito. [en línea]. (4 de agosto de 1970). [Consulta: 02-12-2020]. Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_1345_1970.htm

⁷³ *Ibidem*. Artículo 512. Composición del jurado. El jurado se compondrá de tres jueces de hecho designados en la forma que adelante se indica.

⁷⁴ Este código debería entrar en vigencia el 29 de enero de 1982, pero fue derogado el 11 de enero de ese mes, cuando se adoptó como Código de procedimiento penal. Decreto 1349 de 1971.

⁷⁵ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 409. Artículo 102. Sus funciones dentro del proceso. El Ministerio Público, como representante de la sociedad, debe procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. [en línea]. (1971). [Consulta: 02-12-2020] Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_0409_1971.htm

actual sistema penal acusatorio, empero lastimosamente aún no se abordaría el tema de los allanamientos o aceptación de responsabilidad y menos hacia los preacuerdos y negociaciones entre el encartado y la Fiscalía con miras a disminuir la eventual pena a imponer, lo que hubiera sido un gran logro para la época, puesto que siempre y cuando existiera un mínimo de evidencia física y elementos materiales probatorios en contra del procesado se pudiera evitar un desgaste al aparato judicial del estado mediante una negociación, aceptando su responsabilidad y así emitiendo una sentencia condenatoria de forma anticipada sin agotar un largo y tedioso juicio.

Pese a lo anterior, es indudable que ya se pretendía un sistema penal oral, con respeto a la dignidad del procesado y sus derechos fundamentales, con pleno acatamiento por la legalidad del proceso y el respeto de la prueba aportada por las partes.

Encontramos para esta época procesal que los jueces de instrucción, fueron creados desde el procedimiento penal colombiano de 1938, no acusaban, ni fallaban, sólo instruían el proceso y una vez existiera mérito para acusar entregaban el proceso al Juez de conocimiento que calificaba el mérito del sumario, emitiendo auto de proceder, sobreseimiento temporal o sobreseimiento definitivo. Si el juez de conocimiento profería auto de proceder, como se le llamaba a la acusación de entonces, acusaba ante sí mismo, y posteriormente agotado el ritual público procedía a fallar en derecho. Lo anterior claramente atentaba contra el debido proceso del encartado quien se defendía de un funcionario que estaba convencido que era responsable pues por eso lo acusaba y además, este mismo lo juzgaba y fallaba, con fundamento en el veredicto del jurado de conciencia, este último únicamente en casos de homicidio, propio todo ello del sistema inquisitivo.

Con lo anterior, podría pensarse que había una función marcada entre el ente investigador y el Juzgamiento, pero lo cierto es que no era el sistema jurídico ideal

para afrontar un proceso penal, donde el fallador era juez y parte. De igual manera como aspectos relevantes de la norma, contamos con que el operador judicial tenía en cuenta en el fallo las manifestaciones de responsabilidad del procesado para disminuir la pena, se introdujo los jurados como parte fundamental del proceso penal, la doble instancia resultaba fundamental para el condenado y se empieza a proteger los derechos de las víctimas por parte no solo del Juez si no del Ministerio Público.

En esta etapa, es importante mencionar que surge el Decreto 100 del 23 de enero de 1980 ó Código Penal de 1980⁷⁶, precepto que incorporó en Colombia la noción del delito como la acción, típica, antijurídica y culpable que, hasta el momento a pesar del cambio de pensamiento y dogmática en algunos países, en el colombiano se ha mantenido.

Las principales características de este estatuto, según Velázquez es “una legislación importada, pues, al igual que las expedidas durante los anteriores ciento cincuenta años, ha sido tomada de modelos foráneos: si antes se copiaban proyectos o códigos españoles, franceses o italianos, ahora se pensó en el Código Tipo, que reflejaba en buena medida los desarrollos legislativos y doctrinarios alemanes”⁷⁷.

El Código de 1980 contuvo 377 artículos de los cuales se destaca como atenuación punitiva, el procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias y el presentarse espontáneamente a la autoridad después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros⁷⁸.

⁷⁶ Colombia. Congreso de la República. Decreto 409 de 1971. Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas. [en línea]. (marzo 27 de 1971). [Consulta: 05-12-2020] Disponible en https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_0409_1971.htm

⁷⁷ VELÁZQUEZ, Fernando. El derecho Penal colombiano y la Ley importada [en línea]. (1987). [Consultado el 5 de diciembre de 2020]. Disponible en <https://www.publicaciones.eafit.edu.co.htm>

⁷⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Penal de la República de Colombia. Artículo 64 numerales 6 y 8. Óp. Cit.

Continuando con los códigos de Procedimiento Penal, se encontró el Decreto 50 de 1987 con el que el legislador pretendió pasar del sistema procesal inquisitivo hacia un sistema acusatorio, proporcionando a los jueces de instrucción criminal la potestad para que, concluida la investigación, pudieran calificar el sumario por medio de un auto que acusaba, precluía o reaperturaba la instrucción, según fuera el caso. En el evento de proferirse resolución acusatoria, debería remitirse el expediente al juez de la causa, perdiendo toda competencia. Es decir, el juez instructor no era sujeto procesal en la etapa del juicio, aspecto importante hacia el cambio del sistema penal, aunque de la misma manera no era el ideal para ser Juzgado.

Este modelo que incorporó el decreto 50 de 1987, trajo dentro de sus principios rectores, algunos tan importantes que hasta hoy son pilares fundamentales del procedimiento penal, como el debido proceso, el reconocimiento de la dignidad humana, la presunción de inocencia, la libertad personal, el principio de favorabilidad, la lealtad procesal que las partes deben tener y profesar hacia el contendiente, la oficiosidad, gratuidad, publicidad y la contradicción. Aunado a lo anterior abordó el derecho a la doble instancia que todo condenado debe tener e indicando claramente en su artículo 11 que los jueces debían tener en cuenta que la finalidad del procedimiento es la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que en él intervienen, en una clara tendencia legalista y protectora de los derechos humanos de las partes en contienda.

Cabe destacar, que esta legislación contenía un procedimiento abreviado, previsto en el artículo 474 de esa norma procesal, estableciendo que ese tipo de sistema especial se aplicaría cuando el imputado sea capturado en flagrancia, o exista confesión simple de su parte. Cuando hubiere captura en flagrancia, estableció la norma que, durante la primera versión a quien confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia.

De lo anterior también se desprende que el procedimiento abreviado cobijaba a la persona que confesara el hecho delictivo, abordándose la confesión simple y calificada en los artículos 296 y 297 ídem. El primer tipo de confesión consistía en la declaración del procesado, en la cual admitía haber participado en el hecho que se investigaba sin poder argumentar que había actuado bajo alguna circunstancia de justificación o inculpabilidad, o cualquiera otra que modificara el grado de su participación, o que le pudiera atenuar la pena. La confesión calificada por su parte, era la manifestación del procesado, admitiendo el hecho que se investigaba, pero aquí sí podía explicar que había obrado conforme a una causal de justificación o inculpabilidad. Una vez el implicado reconociera su participación en el hecho por el cual había sido procesado, el juez competente debía continuar practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho. Para apreciar la confesión y determinar su mérito probatorio, el juez debería tener en cuenta los principios de la sana crítica sobre el testimonio. En caso de condena y de haber confesado el hecho conforme a las reglas procesales previstas en el Código, se le reduciría la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia, al igual que pasaba con la flagrancia.

Se encontró como elemento característico del sistema penal acusatorio los jurados de conciencia cuando se abordaban delitos de homicidio, rebelión, Sedición y conexos, figura que estuvo vigente aproximadamente dos años, ya que fue suprimida mediante decreto 1861 de 1989.

En esta normatividad tampoco se abordó el tema de los acuerdos y negociaciones y las figuras más relevantes y que se podrían aproximar con la que hoy se estudia era la confesión, que en términos generales era una reducción de la pena por haber divulgado el hecho delictivo cometido, más no era una negociación como tal entre el ente acusador y el procesado con miras a disminuir la pena ostensiblemente,

como en la actualidad se maneja, simplemente era una manifestación de responsabilidad para obtener una rebaja ya preestablecida.

Se continuó con la expedición de la Ley 2700 de 1991⁷⁹ que derogó el Decreto 50 de 1987 ello a raíz de la expedición de la Constitución de 1991 que entre otras medidas, requería la creación de la Fiscalía General de la Nación como organismo encargado de investigar los diferentes tipos de delitos, en clara muestra de una tendencia acusatoria, al otorgar la función de investigar a un organismo diferente a los jueces, como hasta el momento se venía presentando, dividiendo diamantinamente la función de investigar y juzgar.

Compuesto por 571 artículos, esta normatividad fortaleció e incorporó normas rectoras como el principio de *contradicción, favorabilidad, la Protección de víctimas y testigos, la Presunción de inocencia, el Hábeas corpus, la Doble instancia y la Reformatio in pejus entre los más significativos, destacándose en lo concerniente para el presente análisis, que en el precepto 37A, otorgó al encartado la posibilidad de entablar una negociación o acuerdo con el ente acusador con el fin de terminar el proceso penal mediante sentencia anticipada por parte del Juez de conocimiento, en una audiencia especial, que versaría sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, pero debía existir duda probatoria para proceder a acordar, contrario a lo que se maneja hoy en el sistema penal acusatorio colombiano, todo lo anterior con miras lógicamente a obtener una disminución en la pena a imponer que oscilaba de una sexta a una tercera parte. De igual manera, el Juez podía formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo, algo que también podría variar con el presente, puesto que en la actualidad se habla de un*

⁷⁹ Colombia. Congreso de la República. Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal. [en línea]. (noviembre 30 de 1991). [Consulta: 10-12-2020] Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206>

control del acuerdo en cuanto a garantías y derechos fundamentales del procesado, y que la negociación no quebrante lo anterior, pero no un control material del mismo.

Aparece en el mundo jurídico la Ley 599 y Ley 600 de 2000, código penal y de procedimiento penal respectivamente, último al que se referirá en este trabajo por ser la que aborda tangencialmente el tema de los acuerdos o negociaciones entre fiscalía General de la Nación y procesado.

El precepto procesal del 2000, incorporó como normas rectoras la mayoría de los principios fundantes que ya se venían abordando en los anteriores códigos y que hemos ido mencionado en este texto, pero llama la atención que en su primer artículo, incorpora por primera vez la noción de Dignidad humana para todos los intervinientes en el proceso penal, como inherente al ser humano, debiendo ser tratados con total respeto dentro de la causa penal. Aunado al principio de la Presunción de inocencia y del juez natural, como pilares fundamentales del procedimiento penal.

Es importante destacar que el procesado podía someterse a sentencia anticipada, a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quedara ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, pudiendo el Fiscal, si lo consideraba necesario, ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días. Los cargos formulados por el ente investigador y su aceptación por parte del procesado se consignaban en un acta suscrita por quienes habían intervenido. Las diligencias eran remitidas al juez competente quien, dictaba sentencia de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no hubiera existido violación de garantías fundamentales. El juez dosificaba la pena y hacía una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. También se podía dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quedará ejecutoriada la providencia que fijaba fecha para la celebración de la

audiencia pública, el procesado aceptaba su responsabilidad penal respecto de todos los cargos formulados. En este caso la rebaja era de una octava (1/8) parte de la pena. Por último, cuando las rebajas se daban por confesión y sentencia anticipada en la etapa de instrucción, la rebaja era de las dos quintas (2/5) partes y cuando concurría en la etapa de juzgamiento, de una quinta (1/5) parte⁸⁰.

De la misma manera se encontró un tipo de negociación en el Artículo 413 cuando el procesado ayudaba con la causa, consistente en que la Fiscalía General de la Nación podía otorgar una serie en virtud de la colaboración que se había prestado a las autoridades en pro de la eficacia de la administración de justicia, sujetándose el acuerdo a la aprobación del juez competente y previo concepto del Ministerio Público. Este beneficio variaba en la disminución de la pena a imponer entre una sexta (1/6) hasta una cuarta (1/4) parte, además de poder ser beneficioso en la sustitución de la prisión intramural por prisión domiciliaria, suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional e incorporación al programa de protección a víctimas y testigos.

De lo anteriormente dicho, resulta imperante acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se ha referido a la posible relación o similitud que pudieran tener las figuras de la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 con el allanamiento a cargos que se maneja en el Sistema Penal Acusatorio, explicando que, el allanamiento a cargos contenido en la Ley 906 de 2004 es una especie o modalidad de la sentencia anticipada que trata la Ley 600 de 2000. Lo anterior debido a que es el propio Código de Procedimiento Penal actual, en su artículo 351, el que establece la aceptación de cargos como un “acuerdo” que debe ser presentado al juez de conocimiento, posición esta que ha variado a través de los años, y que de lo que se analizará con mayor amplitud en el capítulo siguiente, pero que finalmente imperó mediante sentencia del 28 de febrero de 2018 dentro del

⁸⁰ Colombia. Código Penal. Óp. cit.

radicado 51833⁸¹, siendo clara la Corte al manifestar que tanto la Ley 600 de 2000 como la Ley 906 de 2004 responden a sistemas procesales expedidos por el legislador con arreglo y en desarrollo de normas constitucionales muy diferentes, razón por la cual, la sentencia anticipada de la Ley 600 y la aceptación de la imputación de la Ley 906 no son institutos idénticos, dado que pertenecen a sistemas procesales de investigación y juzgamiento diametralmente contrapuestos.

Como conclusión, se puede advertir claramente, en cuanto a toda la normatividad anteriormente mencionada, y el recuento procesal y penal que hemos realizado, desde la época posterior a la colonia no se legisló sobre la institución de los preacuerdos o negociaciones entre el ente investigador y el procesado, intentándose incorporar tangencialmente apartes esenciales de las leyes que regulaban el aspecto punitivo en cuanto a los beneficios y diálogos que se daban entre las partes con miras a disminuir la sanción punitiva, sea por confesión o acuerdo, pero distaba ostensiblemente de lo que hoy se práctica en cuanto a preacuerdos, y menos encontramos doctrina o jurisprudencia colombiana que abordara el tema que aquí es relevante, que es una negociación clara y concreta por el delito cometido y su consecuente condena.

⁸¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado 51833. M.P: José Luis Barceló Camacho. [en línea]. (28 de febrero de 2018) [Consulta: 11-12-2020]. Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/SP436-201851833.pdf>

CAPÍTULO III. RÉGIMEN VIGENTE DE LA JUSTICIA CONSENSUADA EN COLOMBIA

A continuación se abordará todo lo concerniente a los preacuerdos y negociaciones en vigencia del sistema penal acusatorio en Colombia, el cual surgió tal como lo conocemos en la actualidad con la expedición de la Ley 906 de 2004, que trajo figuras importantes al modelo punitivo que se estaba aplicando, entre ellas la posibilidad de entablar un diálogo entre la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal y el encartado o implicado en la comisión de un delito, con miras a disminuir la pena y/u obtener algún beneficio en la sanción a imponer, tal como lo abordan los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Resulta entonces importante conocer y recapitular el surgimiento del sistema penal acusatorio colombiano, esto es la Ley 906 de 2004, específicamente en lo que respecta a la forma de preacordar y negociar entre las partes en contienda, para luego tener claro la evolución legislativa que tuvo la precitada norma, realizar un estudio sobre la manera como se está negociando, y si esta responde a lo que quiso para su momento el legislador.

De igual manera resulta importante una vez analizada la evolución de la Ley 906 de 2004, efectuar el estudio jurisprudencial acerca de las modalidades de los preacuerdos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional puesto que ha ido variando las posturas y nociones con el transcurrir del tiempo. Con el mismo sentido resulta de vital importancia examinar la jurisprudencia relacionada con el reintegro como prerrequisito para negociar (Artículo 348 L. 906/04) y la obligación de reparar a las víctimas, como aspecto fundamental de la Justicia premial y consensuada y el rol del Juez de conocimiento en cuanto al control material de la acusación y los preacuerdos.

3.1 EVOLUCIÓN DE LOS PREACUERDOS DESDE LA ÓPTICA DE LA LEY 906 DE 2004

Como se mencionó en el capítulo precedente Colombia fue evolucionando con el transcurrir del tiempo de un modelo inquisitivo a uno acusatorio, donde sus leyes y organismos judiciales cambiaron en pro de una Justicia más pronta y expedita, otorgándole al procesado una participación más activa en la resolución de su caso, sin que esto significara un desprestigio en la administración de justicia. Esta reforma pretendió que principios políticos-criminales del sistema penal acusatorio fueran más armónicos con el modelo de Estado social y democrático de derecho que surgió con la expedición de la Constitución de 1991 y con los modelos penales que imperaban en el derecho comparado; a su vez, la reforma se instauró con el propósito de lograr una mayor eficiencia en los procesos penales de Colombia, puesto que la gran mayoría no llegarían a Juicio, y poder descongestionar en gran medida los Despachos judiciales del país, celeridad que a la fecha arroja todo tipo de dudas.

Con la expedición de la Ley 906 de 2004 surgió una transformación en la estructura procesal penal del país, que se caracterizó por el inicio de la oralidad, y de un sistema acusatorio que era novedoso para todas las partes en contienda debiendo capacitarse con el fin de ser competitivos y diligentes en su función, por ejemplo, los funcionarios judiciales fueron capacitados por diferentes estamentos para implementar el modelo, entre otros por el gobierno de los Estados Unidos de América (OPDAT)^{82*}, lo cual repercutió positivamente, puesto que permitió ampliar ese conocimiento que no se tenía del proceso penal acusatorio, y más aún conocer de primera mano en los tribunales norteamericanos como se aplicaban los acuerdos entre las partes, entre muchos más aspectos procesales, lo mismo hizo la

^{82*} Oficina de Desarrollo, Asistencia y Capacitación Fiscal en el Extranjero (OPDAT)

defensoría y la Fiscalía, lo que resultó importante para el funcionamiento del actual modelo acusatorio.

Es importante resaltar que, desde la expedición de la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, se abordó entre muchos derechos con los que cuenta el procesado, el de tener un juicio pronto y expedito sin dilaciones injustificadas, traduciendo esto indiscutiblemente en la necesidad de garantizar el principio de celeridad en la administración de justicia, lo que se debía lograr entre otros muchos aspectos con la figura de los preacuerdos y las negociaciones. De igual manera el artículo 228 Superior, abordó el acatamiento de los términos procesales y la sanción por no cumplirlos.

Para hablar del sistema procesal acusatorio es imperante referirse al acto Legislativo 003 de 2002, que fue el fundamento constitucional de este modelo de Juzgamiento, modificando los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Superior y aunque no incluyó disposiciones relacionadas con los acuerdos o negociaciones tendientes a terminar el proceso penal de manera anticipada, si otorgó la potestad a la Fiscalía General de la Nación de aplicar el principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, previsto en el artículo 2 del mencionado acto legislativo, reafirmando la idea de negociar con el procesado la terminación anticipada de su proceso penal, figura que sin duda hace parte de esta justicia premial y consensuada del nuevo modelo penal acusatorio.

Es necesario recordar precisamente que mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Carta Política de 1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal basado en la aplicación del principio "*nemo iudex sine actore*"⁸³; se mantuvo el carácter judicial del órgano de

⁸³ En un tipo procesal, el dispositivo, que acuerda el poder de iniciativa del proceso a las partes e impide que el juez u órgano jurisdiccional, subrogándose al interés de las partes, promueva el proceso en interés de la ley el impulso procesal propiamente dicho se manifiesta en los actos inmediatamente posteriores a la iniciación del proceso, y la actividad que esta regla o

investigación y acusación; se creó la figura del juez de control de garantías; se consagró el principio de oportunidad y se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior. Cabe asimismo señalar que, el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución. De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción. Aunado a lo anterior, en temas vinculados con la administración de justicia penal, tales como los mecanismos alternativos de solución de controversias, la jurisdicción indígena o los juicios adelantados ante la Corte Suprema de Justicia, el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno⁸⁴.

Dentro de este marco, es claro que el acto legislativo 02 de 2004, incorporó y le otorgó ciertas facultades a la Fiscalía General de la Nación para negociar con el imputado o acusado la terminación anticipada del proceso, en este caso puntual mediante el principio de oportunidad, el cual hace parte de ese derecho premial y

máxima procesal condiciona se ejercita en función de un interés superior: el interés en la finalización del proceso, en el cual coinciden el interés particular de las partes y el interés público del órgano jurisdiccional.

Enciclopedia-Jurídica. Regla (o máxima) De la impulsión procesal. [en línea] 2021 [Consulta: 2021] Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/regla-o-m%C3%A1xima-de-la-impulsi%C3%B3n-procesal/regla-o-m%C3%A1xima-de-la-impulsi%C3%B3n-procesal.htm>

⁸⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. [en línea]. (9 de junio de 2005). [Consulta: 12-01-2020] Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>

consensuado⁸⁵ al que pertenece igualmente la institución jurídica de los preacuerdos y negociaciones.⁸⁶

De la misma manera, aparece en la esfera jurídica la Ley 906 de 2004, que incorporó todo el andamiaje procesal acusatorio que hasta el momento había regido en Colombia, caracterizándose principalmente como ya lo habíamos indicado, por la oralidad en todas sus etapas, dejando de lado esa parte escrita que pertenecía al sistema inquisitivo y que se venía adelantando con la Ley 600 de 2000. De igual manera se advierte claramente una separación de funciones entre el ente acusador y el juzgamiento en cabeza de un Juez neutral o imparcial.

Se empezó a hablar entonces, acerca de importantes derechos del procesado, que aparentemente no venían tan marcados, como lo es tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de la prueba y sin dilaciones injustificadas, derechos que se atemperan con principios rectores y garantías procesales como la dignidad humana, la libertad como regla general, la igualdad, imparcialidad y legalidad, la presunción de inocencia e in dubio pro reo y el derecho de las víctimas, entre otros muchos más que contiene la Ley 906 de 2004 que indudablemente la hace mucho más garantista que su antecesora y especialmente para el tema que no ocupa, incorpora al procesado como protagonista en la resolución de su caso pudiendo negociar en igualdad de condiciones, su responsabilidad penal con la Fiscalía General de la Nación.

Precisamente esta es una de las novedades del sistema penal acusatorio, que dentro de un proceso adversarial, en equivalencia de derechos y responsabilidades, las partes, esto es, organismo investigador y el implicado pueden preacordar con

⁸⁵ Para empezar, se encuentra que el concepto de justicia premial refiere una idea consistente en hacer uso de premios y castigos con diversos fines, entre los cuales se encuentran los de estimular la confesión, delación y terminación anticipada del proceso.

⁸⁶ MANCO LÓPEZ, Yeison. La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano [en línea]. 2012 [Consulta: 2021]. Disponible en http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/9883/1/MancoLopezYeison_2012_VerdadJusticiaProcesoPenal.pdf

miras a terminar el proceso penal de forma anticipada, esto lógicamente como lo advertíamos anteriormente, le otorga cierto protagonismo al encartado en la resolución de su caso, finalizando con una sentencia condenatoria de forma anticipada y evitando un desgaste del aparato judicial colombiano, siempre y cuando se respeten no solo los derechos y garantías fundamentales del procesado sino del proceso penal mismo como lo veremos más adelante y de los intervinientes como son las víctimas.

Indiscutiblemente la noción y el concepto de los preacuerdos desde la expedición de la Ley 906 de 2004 hasta la actualidad ha ido variando y evolucionando, puesto que tanto las partes como el operador jurídico con el transcurso del tiempo se han dado cuenta que esta institución ha cambiado constantemente, eso se advierte diamantinamente con las diferentes posturas frente a un mismo tema de la Corte Suprema de Justicia, en su sala penal, no siendo una figura consolidada y pacífica, por ello la necesidad de efectuar el presente estudio.

3.2 CONCEPTO MODERNO DE LA NEGOCIACIÓN DE CARGOS

Como se mencionó en precedencia, la Constitución Política de Colombia y específicamente el Acto Legislativo 003 de 2002, no regularon el tema de los preacuerdos y las negociaciones, pero se facultó a la Fiscalía General de la Nación para que pudiera aplicar el principio de oportunidad, que de alguna manera se asimila y hace parte de esa justicia premial y consensuada a la que pertenecen los acuerdos.

Los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004 contienen toda la regulación concerniente a la institución de la justicia negociada, conteniendo el primer precepto la siguiente definición:

“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”⁸⁷.

Evidentemente se habla de preacuerdo porque, se trata de una negociación entre partes en contienda y se da antes de presentarse ante el Juez de conocimiento, pero realmente es importante aclarar que, tanto el legislador como las altas Cortes han utilizado el término –acuerdo- y preacuerdo- indistintamente como sinónimos.

El profesor Nelson Saray Botero⁸⁸ explica que, en este tema de justicia negociada, el género es la negociación y el preacuerdo es la especie o trámite inicial, como también lo es, el acuerdo al que se llega y que finalmente es aprobado por el Juez de conocimiento, agregando además que:

“Para otros, el preacuerdo es la autorización para aproximarse al instituto, para introducirse en él, para dialogar sobre propuestas, ofrecimientos y repuestas afirmativas o negativas a los mismos; o sea, el camino que debe recorrerse y que puede terminar (i) en un resultado negativo, en cuyo caso el procedimiento debe continuar de manera normal, y (ii) con un resultado positivo donde se logra un entendimiento que impone la terminación anticipada del proceso, en este último caso, todavía falta la aprobación o legalización del Juez de conocimiento, una vez aprobado toma el nombre de acuerdo, pacto, negociación, convenio, etc.”⁸⁹

Podría decirse en consecuencia que, el preacuerdo es un acto previo, provisional, de dialogo entre las partes tendiente a conseguir un beneficio punitivo y el acuerdo es la materialización del mismo, ese acto definitivo, plasmado en una providencia emitida por el Juez de conocimiento, aceptando lo convenido por las partes.

⁸⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 348. Óp. Cit. p. 32.

⁸⁸ SARAY BOTERO, Nelson y URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, Editorial Leyer. 2017. p. 33.

⁸⁹ GÓMEZ VELÁSQUEZ, Ramón Gustavo y CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto. Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano, Documento de trabajo, escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá. 2009. p. 18.

En cuanto al concepto de preacuerdo y negociación el Dr. Gómez Pavajeau ha explicado lo siguiente: “Los preacuerdos y las negociaciones son ese conjunto de trámites que se materializan en conversaciones y contactos entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado y el acusado con la finalidad de culminar de manera anticipada un proceso penal, en el que el procesado decide renunciar a la celebración de un juicio oral público, admitiendo su responsabilidad en los hechos investigados, a cambio de recibir de un juez una rebaja punitiva”⁹⁰ .

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia SU-479 de 2019, explicó que, el sistema procesal penal que se adoptó mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 incorporó un modelo de tendencia acusatoria que es “propio, singular, específico”⁹¹ y que, como lo ha sostenido la doctrina, recogió elementos tanto del modelo anglosajón como del continental-europeo⁹².

Argumentó la Alta Corporación⁹³, que el sistema acusatorio colombiano, se ha caracterizado principalmente por la delimitación del proceso en fases de investigación y juzgamiento conferidas a órganos diferentes; la preponderancia del juicio penal de la fase de juzgamiento regido por “la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración”⁹⁴ y, en general, por su sujeción al principio de legalidad y a otros principios de actuación que tienen el propósito de “asegurar las mejores condiciones para que la decisión que se adopte

⁹⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Militar, Bogotá, marzo. 2010. p. 122.

⁹¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-479. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado. [en línea]. (15 de octubre de 2019). [Consulta: 12-10-2020]. p. 59 Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>

⁹² BARBOSA CASTILLO, Gerardp. Estructura del proceso penal. Aproximación al proceso penal colombiano. En: R. Uprimny Yepes, ed., Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Rodrigo Lara Bonilla. [en línea]. 2005. [Consulta: 14 -09-2019] p. 92-97. Disponible en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a16/16.pdf>

⁹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-479. Óp. Cit.

⁹⁴ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-873. (30 de septiembre de 2003). M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. [en línea]. [Consulta: 13-10-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-873-03.htm>

sea a la vez respetuosa de los derechos fundamentales del inculpado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito”⁹⁵.

Y finalizó explicando que lo anterior permite advertir que la reforma constitucional introdujo un sistema acusatorio que contempló controles a la discrecionalidad excesiva del órgano encargado del ejercicio de la acción penal, mediante el sometimiento al principio de legalidad. No obstante, lo anterior, se trata de un modelo que “*tiene matices donde se abren márgenes para la negociación*”⁹⁶ y, por lo tanto, para la modulación del principio de legalidad que permite la aplicación de mecanismos de justicia consensuada. Por eso, como un desarrollo de lo anterior, el C.P.P. contempla que, en algunos casos y como producto de una negociación entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado, el proceso penal pueda terminar de manera anticipada mediante la celebración de un preacuerdo sin que se surtan todas las etapas previstas por la misma ley.

De la anterior noción emitida por la Corte Constitucional, y la que se verá a continuación de la Corte Suprema de Justicia, se advierte claramente que se maneja indistintamente, como ya se había comentado, los conceptos de negociación, acuerdo y preacuerdo como semejantes o iguales, siendo una cuestión más de semántica que de fondo y por ende, no se abordará más en dicha diferenciación y se continuará con el estudio de la figura.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha estudiado la institución de los preacuerdos en innumerables providencias y evidentemente ha explicado el concepto, significado y generalidades cuando abordó el estudio de la figura, por ello

⁹⁵ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-144 (3 de marzo de 2010) M.P: Juan Carlos Henao Pérez. [en línea]. [Consulta: 14-10-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-144-10.htm>

⁹⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-479 de 2019. Folio 346 del cuaderno 3 del expediente T-6.931.099. 2019.

traemos a colación la Sentencia SP8666 del 14 de junio de 2017, en la que de forma clara explica la noción de preacuerdos y que se comparten en este trabajo, al respecto refirió:

“Los preacuerdos son una expresión de la justicia premial, se sustentan en la política criminal del Estado, en los fines específicamente asignados a las formas de terminación abreviada del proceso penal y al respeto por los derechos y garantías fundamentales que correspondan a partes e intervinientes.

Los preacuerdos no se fundamentan en el principio de oportunidad, son dos institutos de naturaleza, estructura, política criminal y alcances diferentes. Así por ejemplo, hay discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal con el principio de oportunidad, la que no se tiene con los preacuerdos, en estos se debe ejercer la potestad investigativa y acusadora con objetividad, oficiosamente o a petición del querellante y conforme a la estricta tipicidad que a los hechos corresponda, dadas las previsiones que en esta materia se hicieron en la sentencia C-1260 de 2005”.

En los preacuerdos se está atado a la prueba mínima, a los hechos probados y respetar las garantías de las partes e intervinientes. Los fines perseguidos con el preacuerdo están consignados en el artículo 348 del C de P.P. y consisten en la humanización de la actuación procesal y de la pena, la pronta y cumplida justicia, lograr la solución de los conflictos sociales provocados por el delito, la reparación integral de los perjuicios ocasionados, la participación del imputado en la definición de su caso, de estos derechos son titulares todas las partes e intervinientes dentro de un marco de legalidad, de respeto por las garantías fundamentales, de prestigio a la administración de justicia y de evitar su cuestionamiento”.⁹⁷

De las definiciones anteriores, se puede destacar varias características que rigen la institución de los preacuerdos, resaltando inicialmente que se trata de una negociación y/o conversación discrecional y voluntaria entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado, asesorado por su abogado defensor, con el fin de terminar

⁹⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP8666. (14 de junio de 2017). M.P: Patricia Salazar Cuéllar. [en línea]. [Consulta: 05-12-2020] Disponible en: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j3EfuMnBfR&J:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/re-latorias/pe/b2jul2017/SP8666-2017\(47630\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j3EfuMnBfR&J:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/re-latorias/pe/b2jul2017/SP8666-2017(47630).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)

el proceso penal de forma anticipada, aceptando la responsabilidad a cambio de obtener un beneficio cuando sea condenado, por lo tanto se está renunciando a su derecho constitucional y legal de presunción de inocencia y no auto incriminación, rebaja que es producto del diálogo y concertación entre las partes, dentro de la esfera legal, debiendo ser presentada y aceptada la propuesta ante el Juez de Conocimiento.

A su vez, es imperante destacar que esa potestad y maniobra que tienen las partes no es absoluta, puesto que los hechos cometidos y por los cuales se ha imputado un delito, el ente acusador debe darle la calificación jurídica conforme a la Ley preexistente, con el fin de no vulnerar no solo, derechos y garantías del procesado, la víctima, sino del mismo proceso penal.

En consecuencia, la institución de los preacuerdos y las negociaciones fueron instituidos para terminar el proceso penal de manera anticipada, facultando a las partes para que por intermedio del dialogo y el consenso lleguen a un acuerdo donde el procesado admite su responsabilidad penal a cambio de obtener ciertos tipo de beneficios o rebaja en la pena, los cuales deben estar enmarcados dentro de la Ley y la Jurisprudencia, ya que esta facultad no es absoluta y debe respetar principios tan importantes como el debido proceso, legalidad, derecho y garantías fundamentales y legales del procesado y las víctimas, entre otros muchos más que abordaremos en el capítulo siguiente ,ya que hoy están siendo quebrantados por la forma errada de preacordar y de sentenciar.

3.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIÓN

Dentro del estudio que se persigue, es importante abordar las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que guardan estrecha relación con el tema que se está abordando, esto es los preacuerdos y negociaciones, pues a partir de ahí, se puede evidenciar cuál es la línea o tendencia

actual de la jurisprudencia, en temas tan importantes como la forma de aceptar cargos, el reintegro como prerequisite para negociar y la calidad de las víctimas en esta figura y así, luego de analizar el precedente judicial, poder advertir con mayor claridad si se está aplicando bien la figura o no, desde la óptica que se ha planteado, que no es más que negociar y condenar por el delito realmente cometido.

Por lo anterior, el análisis jurisprudencial aquí presentado permitirá evidenciar cual ha sido la tendencia jurídica en los temas planteados desde la órbita de las Altas Corporaciones, puesto que no solo la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, sino que la Corte Constitucional como guardiana de la Carta Magna y garante de los derechos fundamentales del proceso y las víctimas se han pronunciado en cuanto a la manera de aceptar cargos y el trámite de negociación entre la Fiscalía General de la Nación y el implicado, por lo que resulta imperante conocer y traer a colación las decisiones que han sido proferidas por estos Tribunales, con el fin de identificar los argumentos jurídicos vinculantes que dan sustento a las providencias y determinar la trayectoria que una posición jurídica ha tenido a lo largo del tiempo, a efectos de prever con exactitud cuál debe ser la decisión acertada del juez de conocimiento cuando se le presenta un preacuerdo.

3.3.1 Modalidades de la Aceptación de Cargos. Corte Suprema de Justicia. El procesado o implicado en un proceso penal cuenta con la facultad de aceptar los cargos que le sean endilgados de forma unilateral o de manera consensuada junto con el delegado del ente acusador, esto de conformidad con lo previsto por el artículo 351 de la obra procesal penal, que a la letra reza:

“Artículo 351. 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”⁹⁸ . (...)

Esta disposición normativa para el presente análisis, por estar inmersa en la Ley 906 de 2004, en el Título referente a los *Preacuerdos y Negociaciones entre Fiscalía y el imputado o acusado*, permite tener algún tipo de confusión en cuanto a la noción de allanamientos, puesto que tal como lo argumentó finalmente la Corte, es una institución diferente al preacuerdo, pero sí hacen parte de esa Justicia premial, consensuada y restaurativa como se verá a continuación.

La Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha variado su postura en cuanto a la forma o manera de terminar el proceso anticipadamente, sin juicio oral y especialmente en cuanto a la aceptación de responsabilidad por parte del procesado, que puede ser, como ya lo indicamos, de manera unilateral o consensuada, por lo que se procederá a realizar el análisis jurisprudencial, así:

Problema jurídico:

¿La figura del allanamiento a cargos unilateral por parte del procesado se asemeja y hace parte de la institución jurídica de los preacuerdos y negociaciones dentro de la justicia premial consensuada?

Tesis:

Han existido dos posturas por parte de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al tema, la primera y la que se mantiene hasta la fecha, es que si hace parte de la Justicia premial y consensuada, puesto que aunque el fiscal no actúa tan activamente en el allanamiento si es necesaria su presencia, y por consiguiente existe un tácito acuerdo entre partes, máxime que la figura hace parte del Libro III, Título II, capítulo único que contiene los preacuerdos y negociaciones dentro de la Ley 906 de 2004. La segunda se refiere al allanamiento a cargos como un derecho

⁹⁸ Colombia. Ley 906 de 2004. Artículo 351. Óp. Cit.

que tiene el implicado dentro del proceso penal, el cual consiste en aceptar su responsabilidad ante un Juez de la República sin importar la posición que tenga al respecto el ente acusador, con un trámite y consecuencias diferentes a las previstas en los preacuerdos.

Tabla 1. Problema jurídico y análisis jurisprudencial

PROBLEMA JURÍDICO: ¿La figura del allanamiento a cargos unilateral por parte del procesado hace parte de la institución jurídica de los preacuerdos y negociaciones dentro de la justicia premial consensuada?		
Tesis 1 La aceptación de cargos unilateral es una modalidad de la justicia negociada.	<ul style="list-style-type: none"> -CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954 - CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347 - CSJ SP 27 Sep 2017, Rad 39831 - CSJ SP 5 Jun 2019, Rad. 51007 - CSJ SP 24 Jun 2020, Rad. 52227 - CSJ SP 17 Feb 2021. Rad. 48015 -CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306 -CSJ SP 8 Jul 2008, Rad. 31063 -CSJ SP 27 Abr 2011, Rad. 34829 -CSJ SP 5 Sep 2011, Rad. 36502 -CSJ SP 9 Abr 2014, Rad. 40174 	Tesis 2 El allanamiento a cargos no es una modalidad de los preacuerdos.

Fuente: Elaboración Propia, 2021

Como se puede verificar en la tabla anterior, la postura inicial de la Corte Suprema de Justicia entre los años 2005 a 2008, se inclinó por la tesis actual que es el allanamiento a cargos como una modalidad de los preacuerdos, como parte de esa justicia premial y consensuada del nuevo modelo penal acusatorio.

Al respecto, es de especial importancia el fallo de Casación del 23 de agosto de 2005, radicación 21954, pues la Corte Suprema de Justicia sentó su posición indicando que:

“en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales. En otras palabras, dentro del actual

sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado”.⁹⁹

De la misma manera, la Corte en sentencia del 14 diciembre de 2005, con Radicación 21347, refirió que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 era una modalidad de acuerdo, lo que traducía, que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debía reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación. Y aseguró:

“...Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible”.¹⁰⁰

Esa postura que venía manejando la Corte, según la cual el allanamiento a cargos es una de las modalidades de acuerdo, cambió con la sentencia del 8 de Abril 2008, radicación 25306 que abordó el tema y consideró básicamente que en el

⁹⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicación 21954 M.P: Jorge Luis Quintero Milanés. [en línea]. (23 de agosto de 2005) p. 33 [Consulta: 05-12-2020] Disponible en [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kEeFt2QLy2kJ:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%2520DE%2520CARGOS%2520Y%2520PREACUERDOS/ACEPTACION%2520MODALIDAD%2520DE%2520PREACUERDO/21954\(23-08-05\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kEeFt2QLy2kJ:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%2520DE%2520CARGOS%2520Y%2520PREACUERDOS/ACEPTACION%2520MODALIDAD%2520DE%2520PREACUERDO/21954(23-08-05).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)

¹⁰⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Radicación 25306 (8 de abril 2008). M.P: Yesid Ramírez Bastidas. p. 27. [en línea]. [Consulta: 06-12-2020] Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/ACEPTACION%20MODALIDAD%20DE%20PREACUERDO/21347\(14-12-05\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/ACEPTACION%20MODALIDAD%20DE%20PREACUERDO/21347(14-12-05).doc)

allanamiento a cargos no se presenta ningún acuerdo entre la Fiscalía y el imputado, y que su aprobación no se halla condicionada a que previamente se acredite la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, o el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, así se expresó:

“...razonable interpretar que si bien los acuerdos y negociaciones son notas singulares del nuevo sistema procesal pero el allanamiento a cargos tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros, la Sala no casará el fallo impugnado, porque una nueva observación indica que esta institución no es específica del nuevo procedimiento, a la misma no subyace una relación consensuada entre fiscal e imputado y por tanto puede ser observada como homologable con la sentencia anticipada”.¹⁰¹

Esta posición fue reiterada por la Alta Corporación en providencia del 8 de Julio de 2008, radicación 31063, donde insistió que el instituto de allanamiento a los cargos y preacuerdos son diferentes en cuanto a su estructura ya que, el primero se erige en una manifestación unilateral y oral que hace el imputado o acusado de aceptar su responsabilidad, en los momentos procesales señalados en la ley. Mientras que los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena.

En la sentencia del 27 de abril de 2011, radicación 34829, la Corte sostuvo que por razón de las diferencias entre el preacuerdo celebrado por la Fiscalía con el imputado o acusado y el allanamiento a cargos “*sus efectos no pueden ser los*

¹⁰¹ *Ibidem*.

*mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo mas no del allanamiento”.*¹⁰²

Los Jueces Colegiados insistieron en esta tesis, mediante la sentencia del 5 de septiembre de 2011, radicación 36502, explicando que el allanamiento o la aceptación de la imputación prevista en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, no corresponde a una modalidad de acuerdo o negociación con la Fiscalía, la condición exigida en el artículo 349 de la misma ley, referente al reintegro para negociar, y por lo tanto no constituye requisito para su legalización y aprobación.

En este mismo sentido la Alta Corporación se refirió en providencia del 9 de abril de 2014, radicación 40174, argumentando que *“no hay duda que, como en forma reiterada lo ha reconocido esta Sala, la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no opera tratándose de allanamiento a cargos, el cual se evidenció en esta ocasión”.*¹⁰³

Posición que estuvo pacífica hasta la sentencia del 27 de septiembre de 2017, Radicado No. 39831, que varió esta tesis retomando el concepto de allanamiento a cargos como una modalidad de preacuerdo.

Se resuelve en éste caso el recurso extraordinario de casación dentro del famoso caso de los Nule, -MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO-, que fueron condenados en primera instancia¹⁰⁴ a las penas principales de 90 meses de prisión y multa en cuantía de \$10.042'.500.000.00, como intervinientes penalmente responsables del concurso de delitos de peculado por apropiación, sentencia que fue recurrida por

¹⁰² Colombia. Congreso de la República. Ley 906. Artículo 349.Código de procedimiento penal. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 2004.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Colombia. Juzgado 38 Penal del Circuito de Conocimiento. (Bogotá 15 de diciembre de 2011). 2011.

las víctimas y por consiguiente el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de segunda instancia proferida el 1º de junio de 2012, confirmó parcialmente el fallo recurrido, pues lo modificó para incluir como circunstancia de menor punibilidad a favor de los acusados la colaboración de éstos con la justicia, de conformidad con lo previsto por el artículo 55.10 del CP., y las de mayor punibilidad de que tratan los numerales 9º y 10º del artículo 58 del P.P., referidas a la posición distinguida que los acusados ocupaban en la sociedad, y el haber obrado en coparticipación criminal, con la aclaración que con respecto a MAURICIO GALOFRE AMÍN no operaba el citado agravante del numeral 9º, condenándolos a 14 años, 11 meses y 15 días de prisión. Asimismo, condenó a MAURICIO ANTONIO GALOFRE AMÍN a la pena de 10 años y 6 meses de prisión. El Fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá fue casado parcialmente por la Corte, con ocasión del único cargo formulado en la demanda por el apoderado de la Contraloría General de la República en condición de víctima reconocida dentro del presente proceso, para finalmente modificar y aumentar la pena principal a los condenados.

En esta sentencia la Corte hace un recuento de la línea jurisprudencial referente a la figura del allanamiento a cargos y los preacuerdos, para finalizar explicando que el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado. Argumentando lo siguiente:

“Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que

Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004”.¹⁰⁵

Esta posición se ha mantenido hasta la actualidad, como por ejemplo en la providencia SP 2042-2019 con radicación 51007¹⁰⁶, caso en el cual se abordó el tema del allanamiento tanto en la imputación como en la etapa del juicio, explicando que el artículo 293 de la Ley 906 de 2004 indica que si el encartado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación, trayendo a colación que los allanamientos hacen parte de esa institución jurídica de los preacuerdos de conformidad con el artículo 351 ibidem que se encuentra dentro del título de esta figura, argumentación que se ha venido dando en las diferentes providencias aquí mencionadas como una de las más relevantes.

En la sentencia del 24 junio de 2020, radicación 52227, la magistrada ponente, doctora Patricia Salazar Cuellar argumentó y reiteró que el allanamiento unilateral a cargos, es una modalidad de acuerdo que no implica el cambio de calificación jurídica, además tienen límites puntuales en el ordenamiento jurídico, puesto que “si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si el procesado toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el monto de la rebaja punitiva, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la terminación anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicación 51007. M.P: Patricia Salazar Cuellar. [en línea]. (5 junio de 2019). [Consulta: 02-06-2021] Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2019/06/18/principio-de-congruencia/>

¹⁰⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicación 52227. M.P: Patricia Salazar Cuellar. [en línea]. (24 junio de 2020). [Consulta: 05-12-2020] Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/07/SP2073-2020.pdf>

De la misma manera advertimos como en la sentencia SP367–2021 con Radicación No. 48015 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021) el Doctor Luis Antonio Hernández Barbosa como Magistrado Ponente expuso claramente que los allanamientos y preacuerdos son formas de negociación entre la defensa y la fiscalía que, implican renunciaciones mutuas de ambas partes, ya que el procesado se abstiene de ejercer los derechos a no autoincriminarse y a tener un juicio oral con todas las garantías descritas en el literal k del artículo 8 de la obra procesal penal; mientras que el ente acusador pierde la oportunidad de realizar ajustes fácticos y/o jurídicos a la imputación y a la acusación, así como de continuar la investigación con la posibilidad de hallar más evidencias del delito, reiterando nuevamente para la Alta Corporación que, el allanamiento hace parte de esa justicia premial y consensuada como son los preacuerdos.

En consecuencia, no cabe duda que para la Corte Suprema de Justicia la figura del allanamiento a cargos unilateral hace parte de la institución jurídica de los preacuerdos y negociaciones, posición muy similar a la propuesta por la Corte Constitucional y que estudiaremos a continuación, sin embargo traemos a colación lo argumentado por el profesor Saray Botero, en cuanto al tema, y que compartimos en su noción fundamental, cuando explica que actualmente se acepta que ambas figuras hacen parte del derecho penal premial, y que de todos modos se considera, concretamente, que mientras el allanamiento o aceptación de cargos es una “manifestación de la justicia premial”, los preacuerdos son “mecanismos de justicia negociada”.¹⁰⁸

3.3.2 Modalidades de aceptación de cargos según la Corte Constitucional.

Como ya se observó en el análisis antes referido de la Corte Suprema de Justicia, dentro del sistema Penal Acusatorio, existen dos figuras de terminación anticipada del proceso: el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones, los cuales

¹⁰⁸ SARAY BOTERO, Nelson y URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. Óp. cit. p. 31.

desde la promulgación de la Ley 906 de 2004 hasta la actualidad ha generado diversos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, con el fin de indicar si los mismos se asemejan o tiene características disimiles.

Así las cosas, el problema jurídico referido en precedencia se mantiene para el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional. Precisando que la tesis para este caso en particular tiene semejanzas con el estipulado para el de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en un inicio la Alta Corporación Constitucional, al analizar las demandas de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley 906 de 2004, refirió que ambas figuras son equivalentes, pues en cualquiera de las dos el procesado acepta los cargos de manera libre, consiente y voluntaria; posteriormente enfatizó sobre las diferencias que contiene estas formas de terminación anticipada de responsabilidad, especificando la intervención que sobre ellas realiza el Fiscal como el Juez que verifica el allanamiento o la negociación.

Como sentencia base del estudio de las figuras de los preacuerdos y del allanamiento a cargos está la decisión C-1260 de 2005, donde la Corte al analizar la demanda de inconstitucionalidad del artículo 8 entre otros de la Ley 906 de 2004, en lo que respecta a la renuncia que hace el imputado o procesado de los derechos de no autoincriminación y a un juicio oral, precisó que dentro de este esquema procesal se *“puede terminar de manera anticipada, es decir, sin haberse surtido todas las etapas correspondientes, en los casos en que se celebre acuerdo entre la fiscalía y el imputado o procesado y este sea aprobado por el juez. El fin de estos acuerdos, que implican la terminación del proceso de manera anticipada, es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia...”*¹⁰⁹

En aquella decisión, la Corte determinó que las figuras de los preacuerdos y el allanamiento a cargos tienen un mismo fin que es obtener una sentencia anticipada

¹⁰⁹ Colombia. Congreso de la República. 2004. Óp. Cit.

de condena, lo que implica la renuncia a la etapa del juicio, equiparándolas en el mismo nivel:

“Para la Corte es claro entonces, que la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente...

Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso...”¹¹⁰

Sin embargo, esa postura, no siempre fue pacífica dentro de la Corte Constitucional, dado que para el mismo año 2006 determinó que el allanamiento a cargos y los preacuerdos son situaciones con características disímiles y por lo tanto su tratamiento debe ser diferente, situación que se mantuvo hasta el año 2013, como se indicará a continuación.

En la sentencia T-091 de 2006, se abordó el tratamiento de la sentencia anticipada que trata la Ley 600 de 2000 y el allanamiento a cargos de la Ley 906 de 2004. En aquella oportunidad la Corte analizó un caso donde al accionante no se le concedió por los despachos judiciales de primera y segunda instancia la redosificación punitiva de su condena, solicitada con fundamento en los artículos 288/3 y 351 de la Ley 906 de 2004 y 29/3, a pesar que fue sentenciado por hechos ocurridos en vigencia de la Ley 600 de 2000 y con aceptación de cargos.

¹¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1260 (5 de diciembre de 2005). M.P: Clara Inés Vargas Hernández. p. 25 y 26. [en línea]. [Consulta: 12-12-2020] Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm#:~:>

La Corte para determinar que la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos tienen supuestos de hecho análogos pero que presentan un tratamiento legal diverso, efectuó un análisis de las dos modalidades de terminación anticipada de la Ley 906 de 2004, aclarando que son “*perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político-criminales*”¹¹¹.

Respecto a los preacuerdos y negociaciones precisó que se trata de verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, sobre los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso. En cuanto a la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado refirió que, es un presupuesto de aceptación donde no existe transacción y en consecuencia no requiere consenso.

Concluyendo entonces que:

“la aceptación unilateral de los cargos por parte del procesado, no reclama espacios de negociación, ni autoriza al fiscal para hacer solicitudes sobre punibilidad, correspondiendo al juez regirse por los parámetros de dosificación ordinarios (Art. 61 C.P.). En consecuencia, los nexos de política criminal integrada entre el A.L. 03 de 2002 y las Leyes 906/04 y 890/04, se presentan entre el incremento punitivo general y el mecanismo de preacuerdos y negociaciones, y no entre aquél y el allanamiento a los cargos”.¹¹²

Fue a partir de esa decisión que la Corte Constitucional determinó que en el Sistema Procesal Penal de la Ley 906 de 2004 existen dos formas de terminación anticipada del proceso, pero que son diferentes en su estructura y dogmática.

¹¹¹ Colombia. Congreso de la República. 2004. Óp. Cit.

¹¹² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-091 (10 de febrero de 2006). M.P: Jaime Córdoba Triviño. [en línea]. [Consulta: 13-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-091-06.htm>

Postura que fue asumida en las decisiones T-966 de 2006, T-794 de 2007, C-645 de 2012 y C-303 de 2013, de las cuales se extrae claramente, que para ese momento existía conceptualmente independencia entre los preacuerdos y negociaciones con el allanamiento a cargos, dado que este último surge de la regulación del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, que los diferencia cuando estipula: “*el procedimiento en caso de aceptación de la imputación (en la audiencia de formulación de imputación): Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación*” (Subrayado propios de las sentencias comentadas).¹¹³

En ese mismo sentido la sentencia C-303 de 2013 separó totalmente las dos figuras en todos los aspectos precisando:

“que no es admisible la asimilación o equiparación entre la aceptación simple y la aceptación condicionada de los cargos, porque existen diferencias constitucionalmente relevantes entre una y otra, que hacen indispensable un tratamiento jurídico diferenciado. En el primero de los casos la decisión del imputado o acusado da lugar a la terminación anticipada del proceso penal, hace finalizar la controversia entre el ente acusador y el sindicado, y hace cesar la actividad procesal de la fiscalía, al menos respecto de los cargos admitidos, que son justamente las razones por las cuales se concede el descuento punitivo; por el contrario, en la segunda hipótesis, cuando se admite la responsabilidad pero se sostiene que la imputación o acusación del fiscal es incorrecta porque existe alguna variante en el tipo penal, en el grado de participación o en la modalidad delictiva, el procedimiento continúa, la controversia entre las partes persiste y la actividad de la fiscalía subsiste”¹¹⁴

¹¹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-966 (23 de noviembre de 2006). M.P: Clara Inés Vargas Hernández. p. 38. [en línea]. [Consulta: 16-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-966-06.htm>

¹¹⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-303. (22 de mayo de 2013) M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. p. 25. [en línea]. [Consulta: 18-18-2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-303-13.htm>

Por su parte, en la sentencia C-694 de 2015¹¹⁵ la Corte Constitucional analizó la demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1592 de 2012, por medio de la cual se dictaron disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley.

En esa oportunidad la Sala Plena argumentó la postura que hoy se maneja en cuanto que tanto la aceptación unilateral a cargos como los preacuerdos y las negociaciones, son formas de terminación anticipada del proceso que comportan el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado que implica la renuncia libre, consciente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio que implica descuentos punitivos.

Decisión que ha sido retomada en diversas sentencias de ambas Corporaciones, como lo hemos estudiado en este trabajo, y por ello en la providencia SU-479 de 2019, la Corte enfatizó en el estudio de los preacuerdos y negociaciones y las diferentes modalidades que se presentaban en nuestro ordenamiento jurídico, explicando el alcance de las facultades para celebrar y aprobar cualquier modalidad de preacuerdo, advirtiendo el respeto que se debe tener en cuanto a las garantías fundamentales contenidas en el inciso 4 del artículo 351 y artículo 368 del C.P.P y de los fundamentos fácticos y probatorios señalados en la imputación, lo cual estaba estudiado en la Sentencia C-1260 de 2005, como también el cuidado por los fines de los preacuerdos (artículo 348 del C.P.P.) que contempló el legislador para proteger los derechos fundamentales de todas las partes al interior del proceso penal. En esos términos, se manifestó:

“Todas las modalidades de preacuerdos, cinco en total, que operan en el ordenamiento jurídico interno, buscan humanizar la actuación procesal y

¹¹⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-694 (11 de noviembre de 2015). M.P: Alberto Rojas Ríos. [en línea]. [Consulta: 13-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-694-15.htm>

obtener una pronta y cumplida justicia; (...) tales instrumentos deben ser el resultado de la fusión integral de los principios y valores que orientan la política criminal para todas las partes e intervinientes en el sistema establecido en la Ley 906 de 2004 (...)

La fijación de los alcances de los preacuerdos no pueden marginarse de los fines, ni siquiera parcialmente, de no ser así se corre el riesgo de desnaturalizar la institución y sacrificar garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes (...) Tampoco los fines señalados o las reglas que regulan los preacuerdos toleran la posibilidad de renunciar a la verdad de los hechos ni a desconocer lo demostrado con los elementos de prueba aportados al proceso. Al establecer el artículo 351 del C de P.P. que se puede “llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias” no puede tenerse como una autorización para ignorar los hechos y las pruebas, precisamente por los condicionamientos que en esa materia hizo la sentencia C-1260 de 2005»¹¹⁶ (Negrita fuera del original).

Se tiene entonces que, la Corte Constitucional, ha variado su postura respecto a la asimilación de la aceptación unilateral a cargos con los preacuerdos y negociaciones, como formas de terminación anticipada del proceso dado que, en un primer momento, en la decisión C-1260 de 2005 señaló que ambas figuras tienen un mismo fin: la renuncia a un juicio oral por parte del imputado o acusado, sin distinguir sus alcances o características. De la misma manera ha explicado las diferencias dogmáticas, legales y conceptuales que tienen ambas situaciones, determinando que la mayor característica es que dentro de las negociaciones existe transacción y en consecuencia un consenso entre la Fiscalía y el implicado, mientras que en el allanamiento es una iniciativa propia del acusado, sin intervención del ente investigador.

Lo cierto es que de acuerdo al análisis realizado, las posiciones de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado, ello

¹¹⁶ Salvamento de Voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de junio de 2017, SP8666-2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar).

en armonía con el contenido del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 que trata sobre las modalidades de preacuerdo y en cuyo inciso primero establece el beneficio punitivo derivado de la aceptación unilateral de cargos en la audiencia de formulación de imputación.

3.3.3 El Reintegro como Prerrequisito para Negociar. Se tiene según el Código de Procedimiento Penal y la Jurisprudencia de ambas Altas Cortes, que una de las obligaciones del ente acusador para entrar a negociar con el imputado un posible preacuerdo, es que éste último efectúe el reintegro de por lo menos de la mitad de lo apropiado y garantice el recaudo del remanente, en delitos donde hubo incremento patrimonial. Así lo expresa el artículo 349 de la Ley 906 de 2004:

“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”.¹¹⁷

Este artículo fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-059 de 2010, donde se analizó la finalidad de la norma, la cual constituye básicamente en evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales.

En aquella oportunidad la Corte señaló que la norma “*se trata de un requisito de procedibilidad para los acuerdos y negociaciones celebradas entre la Fiscalía y el imputado o acusado*” es decir que, si el agente del delito no reintegra la mitad de lo apropiado, el ente acusador no tiene la potestad de negociar con éste ninguna clase de beneficio, lo que a su vez determina que esta condición sea legal en todas las

¹¹⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 906. Código de procedimiento penal. por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 349. 2004.

especies de preacuerdo donde existe incremento patrimonial y además debe asegurarse por cualquier medio, el recaudo del remanente.

Un aspecto importante que resaltó la Jurisprudencia, respecto al deber de reintegro para lograr llegar a un preacuerdo entre las partes, es distinguir si el delito cometido por el agente, afectó el patrimonio público o privado. Esta condición fue mencionada en la sentencia C-059 de 2010, y analizada en profundidad en la decisión de la Sala Penal del Corte Suprema de Justicia del 22 de junio de 2006 bajo radicado 24.817, donde al respecto manifestó:

“Debe diferenciarse, entonces, en primer lugar, aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público de los que lesionan el privado, pues en los primeros no es admisible la conciliación que consolidaría el detrimento del erario.

En segundo lugar, cabe distinguir las conductas que producen aumento patrimonial en quienes las ejecutan y un simultáneo empobrecimiento de quienes las padecen, como todas las que afectan el patrimonio económico público o privado, de aquellas que sólo representan incremento para el autor, como, por regla general, las vinculadas al tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito de particulares.

...se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes.”¹¹⁸

En este punto, resulta importante mencionar de conformidad con los planteamientos jurisprudenciales hasta ahora estudiados, que es deber de la Fiscalía, investigar el monto del incremento patrimonial antes de celebrar el acuerdo o la negociación, advirtiendo si el sujeto activo en el desarrollo de la conducta punible obtuvo un incremento patrimonial del erario público, el reintegro total de lo apropiado será

¹¹⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Radicado 24.817 (22 de junio de 2006). M.P: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. p. 15. [en línea]. [Consulta: 21-12-2020]. Disponible en https://xperta.legis.co/visor/temp_jurcol_17da8281-401f-4d18-8f93-35224dcd4e70

prerrequisito indispensable para entrar a negociar un posible preacuerdo con la Fiscalía; y el deber de reintegro aplica a todas aquellas conductas delictivas donde el sujeto activo obtenga un provecho monetario, las cuales comprenden no sólo los delitos contra el patrimonio económico, sino a todo delito donde el encartado hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del ilícito.

Indudablemente son los hechos objeto de investigación los que, en últimas, permiten establecer si como consecuencia de la comisión de una o varias conductas punibles el actor obtuvo un incremento patrimonial¹¹⁹, y que por lo tanto le permiten a la Fiscalía entrar a estudiar la posibilidad de celebrar un preacuerdo con el imputado o acusado, con la condición señalada en el artículo 349 de C.P.P.

De la misma manera, en pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, en decisiones del 27 de abril de 2011, Rad. 29.473 y más concretamente en la sentencia del 26 de noviembre de 2014, Rad. 44.906 se planteó aristas importantes que se deben seguirse cuando evidentemente ha existido un incremento patrimonial con la comisión del punible ó por lo menos a punto de esclarecer esa situación, se dijo:

1.-Cuando en la estructura típica del delito implica necesariamente la obtención de un provecho económico para el agente, por lo tanto, la sola ejecución de la conducta prohibida ubica el suceso en el ámbito material regulado por el artículo 349 del C.P.P., pues el incremento patrimonial es presupuesto de la consumación del ilícito. Por ejemplo, en los delitos contra el patrimonio económico o en el Peculado por apropiación.

2.-Cuando la descripción típica de un comportamiento demanda en el agente por lo menos la pretensión de un beneficio o utilidad de cualquier

¹¹⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP Radicado 34.829 (27 de abril de 2011). M.P: José Luis Barceló Camacho. [en línea]. [Consulta: 20-12-2020]. Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/OBLIGACION%20DE%20REINTEGRO%20DE%20LO%20APROPIADO/34829\(27-04-11\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/OBLIGACION%20DE%20REINTEGRO%20DE%20LO%20APROPIADO/34829(27-04-11).doc).

naturaleza; el logro de un provecho económico activa la exigibilidad del artículo 349 C.P.P, como por ejemplo Concusión¹²⁰ y el Cohecho¹²¹.

3.-Cuando dentro de las exigencias típicas del tipo penal no constituye exigencia necesaria la ganancia patrimonial, ni siquiera de manera eventual, pero de la actuación o demostración de los hechos se acredite la concurrencia de ese resultado que es ajeno a la naturaleza del delito, es factible aplicar la exigencia del mencionado artículo, por ejemplo: *“los ilícitos relacionados con la indebida celebración de contratos o el tráfico de estupefacientes (...) infracciones a la fe pública, abuso de autoridad o delitos informáticos.”*¹²²

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en el radicado 44.406 del 25 de noviembre de 2015, enfatizó la necesidad que la fiscalía tenga claro si dentro de los hechos cometidos se perpetraron conductas donde existió incremento patrimonial, y de ser así, es su obligación atemperarse a la conducta típica en concreto realizada, sobre la cual condicionará la viabilidad del preacuerdo.

Esta función indudablemente se encuentra también en cabeza del Juez de Conocimiento, quien debe verificar antes de entrar a estudiar la legalidad del acuerdo presentado si el imputado reintegró, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor incrementado y el aseguramiento del remanente. Precisamente respecto a la garantía del remanente que precisa la norma estudiada, existen diversas formas, como lo es la real o con entrega de bienes, prenda con tenencia de bienes, caución con dinero en efectivo, caución de compañía de seguros o entidad bancaria,

¹²⁰ Art. 404: “El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite,…”.

¹²¹ Art. 405. Cohecho propio: “El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales,…”.

Y el artículo 406. Cohecho impropio: “El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones,…”.

¹²² Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP Radicado 34.829 (27 de abril de 2011). 2011. M.P: José Luis Barceló Camacho. p. 22 [en línea]. [Consulta: 19-12-2020] Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/OBLIGACION%20DE%20REINTEGRO%20DE%20LO%20A%20PROPIADO/34829\(27-04-11\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/OBLIGACION%20DE%20REINTEGRO%20DE%20LO%20A%20PROPIADO/34829(27-04-11).doc)

constitución de hipoteca, títulos valores y entrega de bienes con valor significativo.¹²³

En la Sentencia del 27 de septiembre de 2017, proferida por la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Radicado No. 39831, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya)¹²⁴, de la cual ya hemos hecho alusión en párrafos anteriores, como el caso –Nule-, la Corporación explicó que, para la aplicación de los beneficios de punibilidad derivados del allanamiento a cargos, se exige el cumplimiento de lo previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-. En este sentido, cuando el procesado haya obtenido un incremento patrimonial con ocasión a la comisión del delito, para que proceda la respectiva rebaja de la pena deberá reintegrar al menos el cincuenta por ciento del incremento percibido y, adicionalmente, asegurar el recaudo del remanente. Lo anterior no significa que frente al incumplimiento de lo previsto en el mencionado artículo el allanamiento a cargos no resulte procedente o deba ser negado por el juez de conocimiento, sino que, ante tal situación, y con la finalidad última de salvaguardar los derechos de las víctimas, no habrá lugar a una rebaja de la pena imponible.

Esta posición fue estudiada y ratificada nuevamente por la Corte en la sentencia con radicación 54.902 del doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020), en un caso donde la procesada había fungido como Secretaria de Educación Distrital y fue imputada por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros agravado (artículos 410, 397 inc. 2, 57.1 y 58.1 y 9 de la Ley 599 de 2000), cargos que fueron aceptados por la implicada y donde el litigio se centró en los beneficios que tenía al haberse allanado en audiencias primigenias, ahí se reiteró lo siguiente:

¹²³ SARAY BOTERO, Nelson y URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. Óp. cit. p. 213.

¹²⁴ *Ibidem*.

Ahora bien, en este punto, resta precisar que, si bien para la época en que se dictaron las sentencias, la Corte había recogido la tesis que permitía ser beneficiario de los descuentos punitivos en los casos de allanamiento a cargos, sin hacer la devolución de por lo menos el 50% del valor de los perjuicios causados, en aquellos eventos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, en tanto la jurisprudencia diferenciaba entre ese tipo de terminación anticipada del proceso y los preacuerdos bilaterales de la Fiscalía y el procesado, para considerar, en cambio, ahora, que ambas figuras son similares y, por ende, están sometidas a los mismos efectos, es decir, a la imposibilidad de obtener rebajas de pena sin el efectivo resarcimiento económico -por lo menos en dicha cuantía- en esa clase de comportamientos delictivos (CSJ SP14496, rad. 39831), es lo cierto que, para cuando se formuló la imputación y se le dio a conocer a la investigada los beneficios jurídicos que podía obtener de llegar a adoptar la determinación de aceptar los cargos, estaba vigente la tesis contraria, la cual la habilitó para acceder a la rebaja sin la reparación señalada.¹²⁵

En cuanto a la reparación del daño en el sistema procesal y específicamente, cuando el sujeto activo de la conducta obtiene un incremento patrimonial producto del delito, el Alto Tribunal en sentencia con radicación 53293 del catorce (14) de octubre de dos mil veinte (2020), indicó que no se puede celebrar el acuerdo o allanarse hasta tanto no se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el pago del remanente. Explicó que el pago, en esas circunstancias, además de reparar el daño, evita el juicio y es un presupuesto esencial para obtener beneficios punitivos de conformidad con lo previsto en el artículo 349 Ley 906 de 2000.¹²⁶

Ciertamente, el asegurar el reintegro de lo apropiado como requisito de procedibilidad para que un preacuerdo sea aprobado, se aplica a toda clase de delitos donde la conducta delictiva demuestre un incremento patrimonial a pesar

¹²⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP419-2020 Radicado 54.902 (12 de febrero de 2020) M.P: Eyder Patiño Cabrera. [en línea]. [Consulta: 01-06-2020] Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

¹²⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP2671-2020 Radicado 53293 (14 de octubre de 2020) M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa. [en línea]. [Consulta: 01-06-2020] Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

que la descripción típica del punible no lo exija para su configuración. Este mandato constituye un presupuesto de legalidad del preacuerdo y, por lo tanto, la Fiscalía como el Juez de conocimiento, les corresponde verificar si en cada caso en particular se respetó la norma.

3.3.4. Obligación de Reparar a las Víctimas. Corte Constitucional. Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, en virtud del cual se reformaron los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política, se transformó como ya lo hemos estudiado, la estructura básica del proceso penal en Colombia, de un modelo mixto de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución del 91, pasamos a uno de tendencia acusatoria, que hizo especial énfasis en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado para la consecución de la verdad y la realización efectiva de la justicia, y que busca privilegiar también los derechos de las víctimas, aspecto último que nos ocuparemos a continuación.

El artículo 250 numeral 6 de la Carta Política refiere como un deber de la Fiscalía General de la Nación, brindar asistencia a las víctimas y “disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito”, de donde se extracta una definición amplia según la cual víctima es toda persona afectada con el delito.

El artículo 132 de la Ley 906 de 2004 define dicho concepto, así:

“Art. 132. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño (directo) como consecuencia del injusto”

Con arreglo a lo normado por el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, son víctimas las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del delito.

Este concepto fue estudiado por la Corte Constitucional cuando al respecto dijo que se consideraba víctima a la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica y, perjudicado, con alcance mayor, a todos los que han sufrido un daño así no sea patrimonial como consecuencia directa o indirecta del punible. La víctima obviamente sufre un daño, por lo tanto, también es perjudicada.¹²⁷

Ahora bien, lo primero que debe aclararse es que, el reintegro del incremento percibido producto del delito que trata el artículo 349 del C.P.P. no puede confundirse en cuanto a sus fines y objeto con aquellos de la indemnización de los daños causados a la víctima, pues ambos tienen rubros independientes que tienen naturalezas jurídicas distintas. En este aspecto resulta importante mencionar la sentencia C-059 de 2010, que destacó que la reparación integral no tiene nada que ver con el incremento patrimonial derivado de la comisión de la conducta punible, en la medida que este último constituye presupuesto para la celebración de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, y sin que tengan cabida aspectos referidos al daño causado con la conducta delictual.

Lo subsiguiente a analizar en el presente trabajo es el rol de las víctimas dentro del proceso penal acusatorio y más exactamente en el trámite de los preacuerdos y negociaciones desde la óptica jurisprudencial, su derecho que le asiste a ser reparada, puesto que las altas cortes les han dado un alto protagonismo de conformidad con esa justicia premial y consensuada en el ordenamiento jurídico.

Dentro de los muchos derechos que la Corte Constitucional ha mencionado tienen las víctimas en el sistema penal acusatorio, es el de impugnar la sentencia

¹²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002 (3 de abril de 2002). M.P: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. [en línea]. [Consulta: 01-06-2021]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>

condenatoria, así lo dejó sentado en la providencia C – 046 de 2006¹²⁸, argumentando que el respeto al debido proceso no solo se representa para el procesado sino que debe ser para todos los intervinientes, entre los que se encuentran la víctima, quien tiene derecho no solo a esa reparación económica sino al derecho a la verdad y que se haga justicia, en aras de una correcta administración de Justicia.

En el mismo sentido en sentencia C-454 de 2006 la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 135 y 357 del C.P.P., y la posición de la víctima en el sistema procesal penal, explicando el derecho a la verdad para las víctimas como inalienable y su derecho a saber la verdad de los hechos ocurridos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes como parte de la reparación a las que se tiene derecho de carácter imprescriptible “El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es preservar del olvido a la memoria colectiva”.¹²⁹

Ahora bien, en cuanto a las víctimas el artículo 137 de la Ley 906 de 2004 hace referencia a la intervención de estas en la actuación penal, mismo que fuera declarado exequible mediante sentencia C-209 de 2007¹³⁰, estudiando los derechos que tienen las víctimas, en especial a la verdad, justicia y reparación, última que reiteró no se refiere únicamente al aspecto económico, puesto que existe pluralidad de maneras para cumplir con este cometido.

¹²⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 2006 (1 de febrero de 2006). M.P: Rodrigo Escobar Gil. [en línea]. [Consulta: 01-06-2021]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-046-06.htm>

¹²⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006 (7 de junio de 2006). M.P: Jaime Córdoba Triviño. [en línea]. [Consulta: 01-06-2021]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-454-06.htm>

¹³⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 (21 de marzo de 2004). M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. [en línea]. [Consulta: 01-06-2021]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-209-07.htm>

En la sentencia C-516 de 2007¹³¹ se analizó el papel de las víctimas en los acuerdos, concluyendo que la intervención de las víctimas en la fase de negociación no tiene la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, aunque les atribuyó la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (Art.351. inciso 6°); así mismo a conservar la autoridad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (Arts. 20 y 176), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (Art. 102).

Continuando con el derecho de la víctima y en especial con su derecho a la reparación, en la Sentencia C-250 de 2011 el Alto Tribunal estudió el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, por cuanto fue demandado esgrimiendo que excluía a las víctimas de ser oídas en la audiencia prevista en el artículo 447 del C.P.P., esto es la etapa de individualización de la pena y sentencia, y por lo tanto se cercenada sus derechos a la participación en las decisiones que le afectan, a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la justicia, declarando la exequibilidad de la disposición demandada en el entendido que las víctimas y/o sus representantes en el proceso penal, podrán ser oídos en el momento de la individualización de la pena y sentencia.¹³²

En esta Providencia también se abordó el tema del tercero civilmente responsable, y su papel dentro del proceso penal, más exactamente en el incidente de reparación integral, donde la Corte explicó que cuenta igualmente con unos derechos y garantías que le otorga el ordenamiento jurídico, con el fin de acompañar al procesado y reparar a las víctimas del injusto.

¹³¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007 (11 de julio de 2007). M.P: Jaime Córdoba Triviño. [en línea]. [Consulta: 20-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-516-07.htm>

¹³² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2011 (6 de abril de 2011). M.P: Mauricio González Cuervo. [en línea]. [Consulta: 02—06-2021]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-250-11.htm>

De la misma manera, en la Sentencia C-839 de 2013, el Alto Tribunal analizó el problema de si en el inciso 1º del artículo 101 del C.P.P., que aborda el ejercicio del incidente de reparación integral por parte de la víctima, argumentó que al conferir antes de la acusación exclusivamente a la Fiscalía, no a las víctimas, la facultad de solicitar la suspensión provisional del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, el Legislador había incurrido en una omisión legislativa relativa, violatoria de los derechos de aquellas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Analizada la impugnación, la Corte sostuvo que la norma impugnada efectivamente generaba la referida exclusión y que tenía este efecto pese a que, en primer lugar, el papel asignado a la Fiscalía no excluye el derecho de las víctimas a intervenir en el proceso; en segundo lugar, a que la medida analizada está relacionada con derechos como la reparación y, en tercer lugar, el restablecimiento del derecho no tiene vínculo alguno con la responsabilidad penal del procesado y tampoco proyecta ninguna influencia directa en el juicio oral.

La Corte indicó que la omisión implicaba el incumplimiento de la obligación del Legislador, de protección de los derechos de las víctimas, lo cual constituye un pilar fundamental reconocido por esta Corporación y constituido por el compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, tal como requieren la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Preámbulo de la Constitución y especialmente sus artículos 1, 2, 5, 86, 87, 88 y 241-1, 93, 94, 229 y 215-2.¹³³

Para el caso que nos ocupa resulta imperante igualmente traer a colación la sentencia C – 031 de 2018 donde además de mencionar las providencias que

¹³³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-839 de 2013 (20 de noviembre de 2013). M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [en línea]. [Consulta: 02-06-2021]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-839-13.htm>

anteriormente hemos hecho alusión sobre el derecho de las víctimas, estudió nuevamente ese derecho que les asiste en el proceso penal, instituido en ley 906 de 2004, sus características y alcance.

En cuanto a la reparación dijo:

Las víctimas también pueden formular directamente solicitudes en este sentido a través de la Fiscalía y por intermedio de su abogado durante el juicio oral y el incidente de reparación integral (Art. 134 del C.P.P.). De igual manera, les asiste la facultad de ser informadas sobre los derechos que surgen en virtud de los agravios y de la posibilidad de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal o de manera directa en el incidente de reparación integral (Art. 135 del C.P.P.).¹³⁴

Recalcando de la misma manera que una vez establecida la responsabilidad penal del imputado, las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral previsto en el artículo 137 de la obra procesal penal.

Sin duda alguna la sentencia de unificación SU – 479 de 2019 abordó el tema de reparación a las víctimas dentro del trámite de preacuerdos, analizando lo siguiente:

Esta vía judicial también debe propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, lo cual no solo está en armonía con el artículo 250 constitucional que consagra el deber del Fiscal General de la Nación de tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, sino también con el artículo 349 del C.P.P. que condiciona la celebración de los preacuerdos a la restitución del incremento patrimonial obtenido con el delito, como se indicó con anterioridad.

¹³⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2018 (2 de mayo de 2018). M.P: Diana Fajardo Rivera. [en línea]. [Consulta: 02-06-2021]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-031-18.htm>

En cuanto al derecho a las víctimas a obtener pronta y justa reparación la Corte estudió en sentencia C – 559 de 2019, la acción pública de inconstitucionalidad, de los artículos 6 (parcial), 21 (parcial), 22 y 23 de la Ley 1908 de 2018, argumentando que las víctimas como intervinientes, especiales en las diferentes etapas del proceso penal, pueden participar activamente del mismo dependiendo de la etapa que se trate y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa de negociación y legalización de un preacuerdo y del juicio mismo. El ejercicio de los derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales del sistema acusatorio que incorpora la Ley 906 de 2004.¹³⁵

En igual importancia en el examen de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 208 (parcial) de la Ley 1448 de 2011 “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”, la Alta Magistratura estudió el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación y el Fundamento normativo en la constitución y en instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, concluyendo para el caso que aquí nos ocupa en cuanto a la reparación, que las víctimas:

En suma, la jurisprudencia de este tribunal reconoce un amplio conjunto de derechos a favor de las víctimas, cuyos deberes correlativos imponen, entre otras cosas, la adopción de normas adecuadas para su garantía, así como la creación de instituciones que asuman la responsabilidad de su cumplimiento. Los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación admiten diversas formas de realización y, en consecuencia, el Congreso dispone de un margen de configuración para hacerlo, siempre y cuando garantice los contenidos básicos a efectos de que las víctimas en general

¹³⁵ Colombia. Corte Constitucional. C- 559 de 2019 (20 de noviembre de 2019). M.P: Cristina Pardo Schlesinger. [en línea]. [Consulta: 01-06-2021] Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-559-19.htm>

y las del conflicto armado en particular, sean especialmente protegidas.¹³⁶

Por último y no menos importante la Corte en sentencia T-374 de 2020 efectuó el estudio del derecho de las víctimas en el proceso penal y abordó el tema de sus derechos a la verdad, justicia y reparación, reiterando que al contar con la condición de interviniente dentro de la estructura penal, las víctimas tienen capacidades especiales para intervenir durante toda la actuación, con el propósito de que sean satisfechos sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y la no repetición, entre las que están apelar la sentencia proveniente del preacuerdo y el derecho a promover el incidente de reparación integral.¹³⁷

3.3.4.1. Obligación de reparar a las víctimas. Corte Suprema de Justicia. Por su parte en las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹³⁸, acogiendo la postura Constitucional, ha precisado que, en situaciones de terminación anticipada del proceso, la Fiscalía tiene la obligación de contar con la participación activa de la víctima dentro de las actas de preacuerdo, dejando constancia de las pretensiones de ésta.

Sin embargo, aclaró que el anterior requisito no conlleva que el convenio entre la Fiscalía y la parte acusada quede sujeto a la voluntad de la víctima, sino que simplemente se cumpla con el deber de escuchar y dejar plasmadas sus peticiones. Circunstancia que resalta la Alta Corporación, cuando las partes convienen pedir al

¹³⁶ Colombia. Corte Constitucional. C-588 de 2019 (05 de diciembre de 2019). M.P: José Fernando Reyes Cuartas. [en línea]. [Consulta: 01-06-2021] Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-588-19.htm>

¹³⁷ Colombia. Corte constitucional. T-374 de 2020 (01 de septiembre de 2020). M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. [en línea]. [Consulta: 02-06-2021] Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-374-20.htm>

¹³⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. SP16816-2014 Radicado 43.959 (10 de diciembre de 2014). M.P: José Luis Barceló Camacho. [en línea]. [Consulta: 20-12-2020] Disponible en [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3b6HXVoE3EUJ:www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ene2015/SP16816-2014\(43959\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3b6HXVoE3EUJ:www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ene2015/SP16816-2014(43959).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)

juez descuentos punitivos relacionados con la reparación integral de las víctimas, como que tal estipulación debe partir de la acreditación necesaria precisamente de que aquellas han sido indemnizadas por todos los daños y perjuicios, materiales y morales, causados con la infracción.

En correspondencia con lo anterior, resulta preciso mencionar que la sentencia condenatoria en firme faculta a la víctima a promover el incidente de reparación en un plazo máximo de 30 días, contados a partir de la ejecutoria del fallo, so pena de su caducidad, sin que, sobre este efecto de expiración de la acción, la ley haga diferenciación alguna por la calidad de las víctimas o la naturaleza de los derechos patrimoniales -públicos o privados-.

La Alta Corporación para lo penal, ha estudiado las diferentes clases de perjuicio que genera la conducta punible y los requisitos que deben concurrir para su reconocimiento. En decisión del 29 de mayo de 2013, radicado 40160, precisó lo siguiente:

a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.

b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado (fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de marzo de 2011. Radicación 17175)".

“En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción.

En relación con lo anterior, de antaño ha dicho la Corte que además de abarcar los derechos a la verdad y la justicia, incluye el resarcimiento económico, es decir, la retribución de los perjuicios materiales y morales, los cuales en esta oportunidad los clarificó así: los primeros son todo detrimento patrimonial de la víctima; los segundos, están conformados por la afectación espiritual o inmaterial de la persona, la cual es susceptible de ser valorada económicamente, clasificados en subjetivos *el dolor, sufrimiento, tristeza, miedo, angustia producto del daño en la psiquis de la víctima* y objetivados *las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden ocasionar en la persona*.¹³⁹

De lo anterior se desprende que la reparación del daño tiene como presupuesto la fuente de obligación, acreditada con la existencia de la sentencia condenatoria que declara la responsabilidad penal del procesado, lo que faculta a la víctima para iniciar el trámite incidental con la finalidad de satisfacer sus pretensiones indemnizatorias, en pretérita oportunidad en cuanto a la obligación de reparar a la víctima la Corte explicó:

En consecuencia: **(i)** el condenado tiene obligación de reparar el daño causado con ocasión de su conducta punible; **(ii)** el delito es fuente de obligación civil; **(iii)** a la parte interesada no le basta con alegar el daño y cuantificar los perjuicios, sino que debe acreditar y sustentar su valoración económica; es decir, tiene la carga procesal de demostrar la real existencia de la afectación y la proporcionalidad que debe existir en la reparación económica. (CSJ SP663-2017, rad. 49402).

En este punto resulta imperante mencionar que, cuando existe allanamientos a cargos, preacuerdos y negociaciones, ha dicho la Alta Magistratura que el porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos no está condicionado tan sólo al momento procesal, sino también en la voluntad que tengan los allanados de reparar los daños causados a la víctimas con el crimen libremente admitido, lo que tiene

¹³⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. CSJ SP-2014 Radicado 43.933 (9 de julio de 2014). M.P: José Luis Barceló Camacho. [en línea]. [Consulta: 24-05-2021] Disponible en https://xperta.legis.co/visor/temp_jurcol_8d2fe300-98a7-4bdc-84fa-113663acf989

razón puesto que no debe ser el mismo trato en el beneficio obtenido para una persona que ha reparado integralmente y de forma rápida a su víctima que un procesado que se rehúsa a realizar la respectiva reparación.

El estudio de la reparación a las víctimas cuando existe una negociación no ha sido ajeno para la Corte Suprema de Justicia como lo hemos venido advirtiendo, siendo de gran importancia las orientaciones que al respecto se han dado, cuando se ha expuesto que la intervención de las víctimas en el proceso penal, además de constituirse en la garantía de acceso a la administración de justicia, incluido el trámite de preacuerdo, resulta en un claro reconocimiento de los derechos a la verdad y a la justicia, lo que propende por la reparación integral, incluida la dimensión compensatoria económica, siendo potestativo promover el incidente de reparación íntegra, una vez cobre ejecutoria la sentencia que declara la responsabilidad penal.

La sentencia con radicación 56.109 del 19 de febrero de 2020 resulta de vital importancia en este estudio, puesto que en ella se destacó y reiteró la posición que el incidente de reparación íntegra se rige por el procedimiento civil, de la siguiente manera:

Tiene razón el apelante cuando al afirmar que el incidente de reparación íntegra se rige por la normatividad procesal civil, en atención a que el derecho adjetivo materializa el sustantivo *[pues no se discute la responsabilidad penal del procesado -CSJ AP2428, 12 mayo 2015, radicado 42527-].* Por ello, el juez puede decretar pruebas de oficio, lo cual es extraño al juicio penal, pero admisible en el área civil, a voces de los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del principio de integración.

Ahora bien, la Corte en providencia del 18 de noviembre de 2020, con radicación 57.364, se refirió a la sentencia CSJ SP2073-2020, rad. 52227, en la que se ocupó con detenimiento sobre los tipos de preacuerdos y su legalidad, y que también tuvo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional, SU479-19, que aquí hemos

referido, que en lo que refiere a la reparación, argumentó que se debe propender por la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la reparación de los agravios, y dijo:

En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios. (Subrayado fuera de texto)

En este mismo sentido, en la sentencia ya mencionada en párrafos precedentes con radicación 54691 del 14 de abril de 2021 la Corte cuando realizó el control material del preacuerdo, determinó que la Fiscalía se había equivocado al retirar sin fundamento legal de la acusación los agravantes imputados, creando ilegalmente las condiciones para otorgar una rebaja por estado de ira, con lo que se benefició al inculcado indebidamente en materia punitiva, pero con ello también se quebrantó el debido proceso, el principio de legalidad, de estricta tipicidad, y para el caso que nos ocupa las garantías de verdad, justicia y reparación de las que son titulares las víctimas.

Esta providencia nos refleja que una decisión acertada, garantiza no solo que el procesado tenga un juicio justo y oportuno, legitimando el poder punitivo del Estado, sino que también dota a la víctima de herramientas para lograr que sus derechos a

la verdad, justicia y reparación no se erijan en meros enunciados que en últimas se traducen en prácticas nugatorias del acceso a la justicia.

En conclusión, las víctimas son intervinientes especiales en el proceso penal y les asiste el derecho de acceder y participar de todas las actuaciones, con el fin de que sean satisfechos eficazmente, a su vez, sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y el aseguramiento de condiciones de no repetición. Ahora bien, dado el carácter tendencialmente acusatorio del trámite, las formas de su intervención varían en función de la incidencia para la eficacia de sus derechos, del momento procesal en cuestión, de las posibles afectaciones a la estructura constitucional del proceso y de la posibilidad de que se desconozcan competencias, facultades o derechos exclusivos de los otros sujetos, así como mandatos constitucionales expresos, sin olvidar que el legislador y la jurisprudencia le han otorgado gran protagonismo con el fin de salvaguardar sus derechos y garantías dentro del proceso penal.

3.4 INTERVENCIÓN DEL JUEZ DENTRO DE LA NEGOCIACIÓN

Hasta el momento se ha hecho precisiones sobre el papel que juegan las partes dentro del sistema consensuado, así como de la víctima como interviniente, sin hacer mayores exactitudes sobre la labor del juez y el control que debe hacer a la acusación y en el trámite del preacuerdo.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala penal en cuanto al control material del escrito presentado por el delegado de la Fiscalía General de la Nación no ha sido unánime ó pacífico, a pesar que en la Sentencia SU 419 de 2018 se abordó el tema, puesto que siempre se ha insistido en una revisión formal de los requisitos contenidos en la Ley, que no implique una revisión e intromisión exhaustiva del Juez de Conocimiento que contamine su imparcialidad en el proceso

penal, pues no se trata de imponer su voluntad personal sino de controlar que el respectivo trámite se realice adecuadamente, como lo explicaremos más adelante.

Así las cosas, se tiene que el inciso 4 del artículo 351 del C.P.P. señala que “los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”¹⁴⁰. En otras palabras, los preacuerdos deben surtir el control de legalidad del juez de conocimiento que los deberá aprobar o improbar luego de que verifique si vulneran o no garantías fundamentales, o bien si aquello sobre lo que recae es en verdad susceptible de consenso.

En el ámbito legal, la función del Juez en este tipo de actuaciones tiene soporte en otras normas, como el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 y el 368, inciso primero, del mismo estatuto, donde establece que si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez del conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

Es por lo anterior, y al contar la Fiscalía con cierta discrecionalidad para negociar con el procesado que el Juez debe ejercer su labor de director del proceso, guiando a las partes por el camino adecuado, en este sentido el Juez no solamente está obligado a verificar el cumplimiento de los requisitos formales sino que debe velar por el respeto de los derechos y garantías legales y constitucionales de las partes e intervinientes y del proceso mismo y en este sentido debe constatar que el acuerdo se atempere a la realidad fáctica y procesal, que los hechos soportados en la evidencia física y los elementos materiales probatorios se respeten tanto en la

¹⁴⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia. 2011. Óp. Cit.

acusación como en la sentencia y de ahí la importancia de abordar el tema del rol del Juez en este procedimiento.

3.4.1 Control Formal y Material de la Acusación y los Preacuerdos por Parte del Juez. El artículo 351 de la obra procesal penal indica que los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, resultando claro que el operador jurídico debe y puede realizar un control formal y material no solo de la acusación sino de los preacuerdos.

El control formal es aquel que se realiza para constatar el cumplimiento de las exigencias legales dentro del trámite que se está llevando a cabo dentro del proceso penal, como por ejemplo verificar el consentimiento y voluntad del procesado, que el mismo sea libre, consiente y voluntario, ajeno a cualquier tipo de injerencia en su decisión, que exista claridad en el acuerdo al que llegaron las partes, como por ejemplo que el procesado entienda el beneficio que va a obtener por el allanamiento a cargos, el cual debe encontrarse en la Ley y no otorgar dos o tres beneficios, como tampoco que se concedan prerrogativas que frente a algunos delitos se encuentra prohibidas expresamente por el legislador; que exista un mínimo de prueba, que se haya realizado el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 como lo abordamos anteriormente y que se garantizaron los derechos de las víctimas.

En cuanto al control formal se refiere no ha existido mayor discrepancia en cuanto al rol que debe realizar el Juez, a contrario sensu lo que ocurre con el control material que ha sido objeto de debate jurisprudencial y doctrinal, el cual estudiaremos a continuación desde la óptica de las decisiones adoptadas por las altas Cortes.

Ese control material es un ejercicio mucho más exhaustivo y de mayor notabilidad dentro del proceso que recae indudablemente en aspectos y formas de carácter

legal y constitucional que pueden afectar gravemente el asunto penal y que al no ser controladas adecuadamente cambian sustancialmente el curso del proceso penal, pero no puede obedecer al simple capricho del Juez o su opinión personal, ya que deberá ser un yerro que no sea capaz de sanearse por cualquiera de las vías legales, terminando en la anulación o absolución por no haberse intervenido a tiempo.

Innegablemente como lo ha sostenido la Corte y que resulta la base de nuestro trabajo, cuando el Juez ejerce el control material debe velar porque los hechos cometidos por el implicado y contenidos dentro de las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios de pruebas no sean alterados sustancialmente en detrimento de los derechos de las víctimas, y en favor únicamente del procesado y que termine desprestigiando la administración de justicia. El juez tiene ese deber, que debe ejercer en situaciones excepcionales, para prevenir el desconocimiento del objeto del proceso, garantías, principios y valores en los que se estructura la justicia penal en el ordenamiento jurídico colombiano.

La regla general dentro del sistema penal acusatorio colombiano ha sido que al Juez de conocimiento le está vedado realizar control material de la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación, tesis que no ha sido pacífica por parte de la Corte, veamos:

Por ejemplo, en sentencia del 13 de diciembre de 2010 con radicación 34370 la Corte explicó que la acusación solo podía ser controlada formalmente de conformidad con el contenido del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, así lo dijo:

Sobra anotar que los requisitos consagrados en el artículo 337, al que alude la norma citada, son enteramente formales, evidenciándose inconcuso que de ninguna forma el Juez de Conocimiento puede adelantar la tarea de controvertir los cargos en su esencia, ni mucho menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la

Fiscalía, entre otras razones, porque el anexo que se pide al funcionario encargado de la investigación no representa allegar efectivamente esos medios suasorios, sino relacionarlos e identificarlos, dado que, a renglón seguido, la defensa o los demás intervinientes podrán pedir al juez que ordene dejar conocer específicamente uno o varios de los elementos referenciados.¹⁴¹

Esta postura fue reiterada en la sentencia de Casación 38256, de fecha 21 de marzo de 2012, donde la Corte explicó el alcance del artículo 339 del CPP y la prohibición para el Juez de efectuar algún tipo de cuestionamiento al escrito de acusación presentado por la Fiscalía:

“En este contexto, el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en ese acto complejo acusatorio. Por tanto, los hechos y los delitos fijados por la fiscalía vinculan al juzgador y la única posibilidad de controversia permitida a las partes e intervinientes es la concedida en el artículo 339, exclusivamente para que formulen observaciones sobre el cumplimiento de las exigencias del artículo 337 (auto de 5 de octubre de 2007, radicado 28294).

“En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto de 15 de julio de 2008, radicado 29994)”¹⁴²

De la misma manera, en providencia del 14 de agosto de 2013 con radicación 41375, la Alta Corporación continuando con la misma disposición interpretativa resaltó que la acusación es un acto de parte que le compete de manera exclusiva

¹⁴¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. CSJ SP-2010 Radicado 34.379 (13 de diciembre de 2010). M.P: Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero. [en línea]. [Consulta: 26-05-2021] Disponible en https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_34370_de_2010.aspx#/

¹⁴² Colombia. Corte Suprema de Justicia. CSJ SP-2010 Radicado 39892 (6 de febrero de 2013). M.P: José Luis Barceló Camacho. [en línea]. [Consultada el 26 de mayo de 2021] Disponible en: https://xperta.legis.co/visor/temp_jurcol_933efd4d-5ee5-4ca1-af2d-a87cda7aad32

al delegado del ente acusador por lo que no puede ser objeto de control por parte del Juez:

“En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica de esa codificación debe ser la de articular un método que no genere incompatibilidades conceptuales a la hora de su aplicación, a partir de una fundamentación integral y con perspectiva sistemática...”¹⁴³

Los planteamientos aquí estudiados se han mantenido en sentencias proferidas por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia por ejemplo en los radicados 38075 del 30 de julio de 2014, radicado 45569 del 1 de julio de 2015 y radicado 45819 del 29 de junio de 2016, entre otros.

Existe una segunda postura, en la que es factible un control material un poco más amplio que el anterior de la acusación y los acuerdos cuando se abordan aspectos de tipicidad, legalidad y el debido proceso, y que fue explicada por la Corte Constitucional en sentencia C-1260 de 2005, así:

La Corte reafirma que 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

¹⁴³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. CSJ SP-2007 Radicado 27759 (12 de septiembre de 2007). M.P: Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero. [en línea]. [Consulta: 26-05-2021] Disponible en https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_penal_e._no._34370_de_2010.aspx#/

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.

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que *“Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”*, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.¹⁴⁴

Esta tendencia ha expuesto la Corte se caracteriza porque permite un control material de la acusación y los acuerdos, con miras a proteger el debido proceso de las partes en contienda y del proceso mismo, para lo cual se ha dicho:

Los preacuerdos y negociaciones en materia penal no tienen la misma fuente civilista en la que el comprador adquiere ciertos bienes que acceden la cosa principal objeto del contrato. Cuando el juez del conocimiento (individual o colectivo), que por antonomasia es juez de garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la Ley, así debe declararlo, como debe declarar al mismo tiempo qué parte del preacuerdo obedece la ley, en esencia porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho

Entre tanto, cuando el juez del conocimiento –que es constitucional por excelencia- advierta un error de legalidad, de garantía o de estructura en el proceso del sistema penal colombiano, lo procedente es –y sigue siéndolo- que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad –total o parcial- del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error in procedendo.¹⁴⁵

¹⁴⁴ *Ibíd*em

¹⁴⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia. CSJ SP-2007 Radicado 27759 (12 de septiembre de 2007). M.P: Alfredo Gómez Quintero. [en línea]. [Consulta: 26-05-2021] Disponible en [https://www.redjuri.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_nohttps://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/ACEPTACION%20PARCIAL/27759\(12-09-07\).doc](https://www.redjuri.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_nohttps://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/ACEPTACION%20PARCIAL/27759(12-09-07).doc)

Decisión que fue reitera por la Corte así:

“Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con la simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y debido proceso.”¹⁴⁶

Ahora bien, existe una tercera tendencia que fue explicada por el Alto Tribunal, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos:

“Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias, (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales.

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio”.¹⁴⁷

En la decisión SU-479 de 2019, se estableció que la Corte Constitucional en desarrollo de su jurisprudencia ha determinado el deber que tienen los jueces penales de comportarse como funcionarios constitucionales al momento de

¹⁴⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. CSJ SP-2009. Radicado 31280 (8 de julio de 2009). M.P: Julio Enrique Socha Salamanca. [en línea]. [Consulta: 27-05-2021]. Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/CONTROL%20POR%20EL%20JUEZ/31531\(08-07-09\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/CONTROL%20POR%20EL%20JUEZ/31531(08-07-09).doc)

¹⁴⁷ *Ibid.*

determinar la verdad al interior del proceso, lo cual se aplica al sistema consensuado.

En esta providencia se retomó que la posición de la Corte Suprema de Justicia ha variado, identificando tres tendencias: (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos¹⁴⁸, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso¹⁴⁹, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales¹⁵⁰.

Concluyendo en la decisión constitucional que

“los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, es preciso aclarar que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano”.¹⁵¹

Anterior postura que acoge por completo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la decisión del 24 de junio de 2020 al ratificar que el juez tiene el deber de verificar, para la emisión de una condena anticipada, *que la Fiscalía sujete su*

¹⁴⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. AP, 15 de julio de 2008, rad. 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, rad. 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, rad. 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, rad. 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, rad. 39886.

¹⁴⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. SP, 12 de septiembre de 2007, rad. 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, rad. 31280.

¹⁵⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia. SP, 6 de febrero de 2013, rad. 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, rad. 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, rad. 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, rad. 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, rad. 43436.

¹⁵¹ Colombia. Corte Constitucional. 2019. Óp. Cit.

actuación a la Constitución Política, a las normas que regulan este tema en la Ley 906 de 2004 y a las directrices de la Fiscalía General de la Nación.

En la sentencia con radicación 54691 del 14 de abril de 2021, la Corte analizó un caso donde la Fiscalía preacordó con el procesado el delito de homicidio simple cuando los hechos demostrados en el proceso junto con los elementos materiales probatorios y evidencia física daban para imputar el punible de feminicidio.

En esta decisión la Corte hizo un control material del preacuerdo, explicando que, si bien no existe doctrina pacífica sobre el asunto, resulta claro los fiscales cuenta con una discrecionalidad reglada y limitada para preacordar, y que los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo, ya que por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar, aclarando que ese control debe ser frente a algún quebrantamiento de los límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano.

Concluyó que en el presente caso al haberse modificado la base fáctica y por consiguiente la calificación jurídica que daba para imputar el delito de feminicidio se materializó un acuerdo que generó una imputación por un delito diferente al cometido y se obtuvo una ostensible rebaja de pena que termina desprestigiando la administración de justicia y conculcando los derechos de las víctimas, además de afectar el principio de tipicidad, razón por la cual se hizo necesario ante las graves irregularidades presentadas que el Juez intervenga en el error cometido, así se argumentó:

En esta oportunidad, por las circunstancias del caso, ante las graves irregularidades con incidencia en derechos y garantías fundamentales de partes e intervinientes de la actuación, como ha quedado explicado, se

hace necesaria la intervención judicial para corregir la afectación sustancial a la administración de justicia que el caso requiere, con lo que se admite que en tales casos el juez puede hacer control para mantener la intangibilidad de la administración de justicia como objeto del proceso lográndose su eficacia en los términos del inciso 1° del artículo 10 C.P.P. (principio rector que irradia toda la actuación penal).

La Corte ha señalado que aun cuando a la Fiscalía se le asignó la obligación de acusar «ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados»⁵⁹, pues como servidores públicos, sus delegados deben actuar en un marco de objetividad, legalidad, estricta tipicidad, debido proceso, lealtad procesal y buena fe (artículo 12 C.P.P.), así como con adecuadas prácticas del derecho, criterios de necesidad, ponderación y corrección en el comportamiento, todo ello «para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

De allí que, el juez ante eventos que desbordan la potestad de la Fiscalía en el acto de acusación, el Juez debe ejercer un control activo que supere los meros actos de dirección, en aras de garantizar la intangibilidad de los principios, valores y garantías referidos en párrafos anteriores.¹⁵²

Resulta claro en consecuencia que el Juez de conocimiento puede realizar un control material de la acusación y los preacuerdos cuando resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales de las partes en contienda, las víctimas y del proceso mismo, sin que ello sea incompatible con el papel imparcial que ha de fungir como director del proceso en un modelo acusatorio. La posibilidad de que el juez penal realice control material obedece, principalmente, a su calidad de juez constitucional.

En ese orden, se puede concluir que, según la reseña normativa y jurisprudencial, el juez penal, en la valoración del acuerdo, celebrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, debe ejercer acciones proactivas de control, que no necesariamente

¹⁵² Colombia. Corte Suprema de Justicia. CSJ SP-1289-2021. Radicado 54691 (14 de abril de 2021). M.P: Eugenio Fernández Carlier. [en línea]. [Consulta: 28-05-2021]. Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/04/SP1289-2021.pdf>

determinan trasgredir sus límites permitidos, entre los aspectos que debe observar en la presentación de un preacuerdo, se logra extractar:

- La adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo.
- Verificar que existen elementos materiales probatorios suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.
- Acreditar que el acusado dio su consentimiento libre, consciente, voluntario e informado para la celebración del preacuerdo.
- Si se desconocieron principios constitucionales relevantes, como el de legalidad, tipicidad o debido proceso.
- Constatar si existía alguna prohibición de índole constitucional o legal para celebrar la negociación.
- Si el preacuerdo garantiza los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas y si se les respeto su derecho a participar en la celebración y aprobación del preacuerdo.
- Si el ente acusado se atemperó a las Directivas del Fiscal General de la Nación.

3.4.1.1 Necesidad de una mínima base fáctica para legitimar el preacuerdo.

Indiscutiblemente dentro de las funciones del Juez de conocimiento está la de advertir al momento que se le presenta un preacuerdo para su control de legalidad y consecuentemente emitir sentencia condenatoria la de verificar una mínima base fáctica y probatoria para legitimarlo.

Se debe partir del contenido del inciso 3° del artículo 327 de la obra procesal penal que habla del mínimo de prueba que se requiere cuando de preacuerdos se trata:

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad

Es importante mencionar y recordar que en la Ley 906 de 2004 la fiscalía cuenta con esa potestad de determinar frente a unos hechos cometidos, la calidad de delito y también su eventual modificación, esto indudablemente con base en la evidencia física y elementos materiales probatorios contenidos en el sumario, para luego poner a consideración del Juez un posible trato con el que llegó con el procesado, dentro de los límites legales y constitucionales que hemos abordado en este estudio académico.

Esos sustentos probatorios tanto fácticos como jurídicos dentro del trámite de negociación son para definir el punible perpetrado dentro del ejercicio que se debe realizar frente a la estricta tipicidad del mismo y por el delito que eventualmente se va a aceptar responsabilidad con miras a disminuir la pena de conformidad con el beneficio pactado.

El asunto aquí se trata, tal como lo ha estudiado la Corte¹⁵³ en resolver si el ordenamiento jurídico le permite al delegado del ente acusador mutar o cambiar unos hechos a los que, en virtud del preacuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde a los realmente cometidos, lo que sería diferente debatir si dentro del proceso penal esos hechos tienen sustento probatorio suficiente para condenar.

¹⁵³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52227 del 1° de julio de 2020. M,P: Patricia Salazar Cuellar.

De antaño la Corte Constitucional en sentencia C – 1260 de 2005, se ha referido al papel de la fiscalía dentro del trámite de negociación y el deber que tiene al momento de escoger la calificación jurídica frente a los hechos cometidos, así lo expresó:

Quando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, **no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales**, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal esta referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. **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. (Negrilla y subraya de los autores).¹⁵⁴

Resulta claro que el Fiscal no puede en ejercicio de la facultad que le confiere la Constitución y la Ley, crear tipos penales, ya que frente a los hechos cometidos por el imputado o acusado se les debe dar la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente, argumento que se ha mantenido hasta la fecha

¹⁵⁴ Ibídem.

y del que es importante destacar que se debe obrar con un mínimo de base fáctica para aprobar un preacuerdo.

Ello fue reafirmado en la sentencia SU – 479 de 2019 donde la Corte analizó dos casos que no tenían ninguna base fáctica y se incluyó la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56 del Código Penal, así como una rebaja alta en un asunto de abuso sexual donde fungía como sujeto pasivo una fémina con discapacidad mental. En estos dos casos la Fiscalía no modificó la base factual de la imputación o la acusación, sino que al otorgar un beneficio considerable otorgó una calificación jurídica que no correspondían a los hechos perpetrados.

Para la Alta Corporación en el referido proveído el fiscal debió introducir la calificación jurídica que correspondía a los hechos jurídicamente relevantes, no siendo posible que se cambien al libre arbitrio con el fin de proporcionar un beneficio desbordado.

En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso.

Las argumentaciones dadas por la Corte Constitucional en los dos fallos referidos, diamantinamente conllevan a establecer que no se puede otorgar ni cambiar los hechos cometidos por el procesado cuando los mismos ni siquiera tienen fundamentos fácticos probatorios que permitan dicha variación, frente al delito que se ha imputado o acusado.

Ahora bien debe tenerse claro que los elementos probatorios mínimos en materia de premisas fáctica y jurídica para los preacuerdos de los que habla la Corte son

exigibles para definir la estricta tipicidad del delito cometido, el punible por el que se debe aceptar responsabilidad penal para tenerse derecho al beneficio en los preacuerdos, pero para obtener un beneficio por parte del implicado producto de esa negociación, no se requiere base mínima probatoria, porque de existir, ya no es un beneficio y se convertiría en un derecho del procesado, prueba mínima que se exige en consecuencia es de la conducta cometida y su tipicidad y no del beneficio a otorgar.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *“la prueba mínima se exige de la conducta y su tipicidad, del delito cometido, no del beneficio otorgado. La voluntad del legislador en esa materia fue restrictiva, excluyó de carga probatoria el beneficio y razón de ser tiene esa decisión en la ciencia jurídica, en la justicia premial y la política criminal, pues es una gracia, una rebaja, una liberalidad del legislador que se otorga de cumplirse los supuestos condicionantes”*.¹⁵⁵

De esta manera resulta claro que no son negociables los hechos, la materialidad y la consiguiente responsabilidad penal por el delito cometido. El beneficio si puede ser objeto de transacción jurídica y tiene incidencia únicamente en la sanción a imponer por la ilicitud consumada.

Al respecto, la Corte concluyó lo siguiente:

En síntesis, para la solución del presente caso debe quedar claro lo siguiente:

Primero. En virtud de un acuerdo no es posible asignarles a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban

¹⁵⁵ Sentencia 52227 del 24 de junio de 2020. Ibidem.

de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.¹⁵⁶

En sentencia con radicación 54691 del 14 de abril de 2021, la Alta Magistratura en lo penal expuso que los Fiscales cuando presentan un determinado preacuerdo, deben explicar en qué eventos un cambio en la calificación jurídica corresponde a la estructuración de los cargos, atemperándose con los elementos materiales probatorios obrantes en el proceso y en qué casos la misma obedece a un simple beneficio otorgado al procesado, para que el Juez pueda verificar los límites que la ley ha establecido para la celebración de los preacuerdos y que el mismo se ajuste al ordenamiento jurídico.

Al respecto, así lo explicó la Corte:

¹⁵⁶ ibídem

En los eventos en los que el juez advierta que la delimitación del cargo obedece al inequívoco propósito de conceder beneficios adicionales, **o que se ha optado por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos con la clara finalidad de eludir una prohibición legal en materia de acuerdos** el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso, en orden a aclarar la situación, y, a partir de ello, tomar las decisiones que considere procedentes. En todo caso, como bien lo resalta el delegado de la Fiscalía, esas labores de dirección deben realizarse en el momento procesal adecuado (la respectiva audiencia de control de legalidad).

Acogiendo las precisiones de la Corte Constitucional en sentencia SU479 de 2019, indicó que los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, lo que implica **que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida** –según el estándar previsto para cada fase-, pues les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos. Así, los acuerdos en los que se opta por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes “no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes”.¹⁵⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto)

La temática de la necesidad de una base fáctica que legitime el preacuerdo y especialmente en lo que atañe al beneficio otorgado no ha sido pacífica y se ha dado el debate tanto en la academia como en los tribunales, en cuanto al mínimo de prueba para otorgar un beneficio.

En pretérita oportunidad el Tribunal Superior de Medellín, analizó un caso donde un ciudadano que estaba perpetrando un hurto disparó un arma de fuego y mató a otra persona, siendo imputado por los delitos de Homicidio Agravado y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Dentro del trámite del preacuerdo se pactó como único beneficio la degradación de la conducta de autor a cómplice, acuerdo que fue aprobado por el Juez de conocimiento y apelado por la víctima en razón a lo determinado por la Corte Constitucional en sentencia SU – 479 de 2019.

¹⁵⁷ ibídem

El Tribunal Superior de Medellín en segunda instancia realizó un estudio del tema de los preacuerdos y se apartó del precedente jurisprudencial contenido en la plurinominada sentencia SU 479 de 2019, explicando en cuanto al tema de los beneficios otorgados dentro del proceso de negociación que cuando se trata de degradar la conducta de autor a cómplice por ejemplo, no se debe demostrar esa calidad con ningún medio probatorio ni se debe atemperar a los hechos del proceso puesto que precisamente de eso se trata la negociación, ya que de estar demostrados en el plenario lo que procedería es reconocerlos pues se trataría de un derecho y ya no un beneficio, así lo explicó:

22. LA CIRCUNSTANCIA QUE SE CONCEDE NO EXISTE Y NO TIENE PRUEBA.

Cuando se trata de un preacuerdo no hay lugar al debate probatorio y, por tanto, no existe la obligación de demostrar la causal de disminución de pena.

No existe norma de carácter constitucional o legal que imponga a la Fiscalía la obligación de probar la causal de atenuación punitiva otorgada como contraprestación a la aceptación de cargos.

Lo dicho, porque sería una exigencia contraria a la lógica misma de la negociación, en tanto, si de verdad aparece plenamente probada la circunstancia que obliga a aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en la negociación como único beneficio, sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y del fallo.

Para la jurisprudencia se quebranta el debido proceso en su estructura y se afecta la garantía de imparcialidad, cuando el juez realiza un nuevo juicio de adecuación típica desconociendo el preacuerdo que consigna, ejemplo, como única contraprestación ofrecida al procesado el reconocimiento de la disminuyente contemplada en el artículo 57 del Código Penal, pese a que de la imputación fáctica no se advierte ningún supuesto constitutivo de ira e intenso dolor.

No existe ninguna norma de carácter legal o constitucional que imponga a la Fiscalía la obligación de probar la causal de atenuación punitiva otorgada como contraprestación a la aceptación de cargos, en razón a que: *“esta sería una exigencia contraria a la lógica misma del instituto, en tanto, si de verdad aparece plenamente demostrada la circunstancia que*

obliga a aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en el preacuerdo como único beneficio sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y el fallo”¹⁵⁸

Luego del referido análisis y de apartarse del precedente jurisprudencia esa Corporación concluyó que el preacuerdo se atemperaba al principio de legalidad y estricta tipicidad y declaró que la condena era por el delito realmente cometido, como se dijo en el proceso de negociación, y por el que había sido acusado, simplemente que, la pena se determinó según el canon de la complicidad, lo que resulta totalmente válido, pues de manera contraria, en nuestro parecer se desnaturalizaría la institución jurídica de los preacuerdos.

En aspecto similar se pronunció el Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto en relación a los pactos entre la Fiscalía y el implicado cuando hay modificación de la calificación jurídica, dentro de los preacuerdos sin que exista una base factual que la soporte el mismo y esté orientado a una simple disminución de pena o a mejorar la condición punitiva de un sujeto en cualquier otro sentido, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos, explicando que no se debe presentar evidencias que permitan acreditar la circunstancia disminuyente de pena que se pacta y dijo:

Establecido como se encuentra el sentido y contenido del preacuerdo de responsabilidad objeto de control, en el cual el imputado JSGL acepta sin vacilación las imputaciones fácticas y jurídicas que le defirió la Fiscalía como coautor de un delito de tráfico de estupefacientes, orientado exclusivamente por su deseo de conquistar la rebaja de pena establecida para la COMPLICIDAD, resulta fácil deducir que el pacto se ajusta a la modalidad que la jurisprudencia ha denominado “PREACUERDO SIN BASE FACTUAL”, la que precedentemente hemos indicado que está orientada a una simple y ortodoxa disminución de pena o a mejorar la condición punitiva de un sujeto en cualquier otro sentido, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos.

¹⁵⁸ Colombia. Tribunal Superior de Medellín. Radicado 05 001 60 00206 2019 11103 (28 de enero de 2020). M.P: Nelson Saray Botero. [en línea]. [Consulta: 29-05-2021]. Disponible en <https://salapenaltribunalmedellin.com/images/pdf/providenciaspenal/024/050016000206201911103.pdf>

Como en este particular modelo de negociación de responsabilidad NO deben presentarse elementos materiales probatorios o evidencias físicas que permitan “al menos sumariamente” acreditar la circunstancia disminuyente de pena que se pacta, entonces, en este caso, solo debe la Sala dedicar sus esfuerzos a establecer si la Fiscalía ha acompañado al pacto evidencias físicas, elementos materiales de prueba u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 (mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad), direccionado a salvaguardar la irrenunciable garantía fundamental de presunción de inocencia del procesado. De la misma manera, el Juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, a efecto que no sea contrario a la necesidad de aprestigiar la justicia o de los demás principios que rigen las terminaciones abreviadas del proceso.¹⁵⁹

Concluyendo el cuerpo colegiado del distrito judicial de Pasto que, al degradar la conducta de autor a cómplice, se cumplió el estándar de conocimiento necesario para proferir sentencia condenatoria, ya que la Fiscalía acompañó al pacto evidencias físicas, elementos materiales de prueba e información legalmente obtenidas que permitieron satisfacer el mínimo probatorio sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado en el delito endilgado. Así mismo el beneficio otorgado no resultó excesivo, ni fue contrario a la necesidad de aprestigiar la justicia o de los demás principios que rigen las terminaciones abreviadas del proceso, por lo cual resultó procedente impartir aprobación al preacuerdo y la consecuente sentencia condenatoria.

De lo analizado es diáfano indicar que, para que dentro del trámite de los preacuerdos y allanamientos se atempere al principio de legalidad y no quebrante las garantías fundamentales y legales de las partes, los intervinientes y del proceso mismo deben fundamentarse en una prueba mínima de la participación, autoría y responsabilidad del procesado que está aceptando su culpabilidad con miras a obtener un beneficio negociado, y por el cual va a ser condenado, sin esa prueba

¹⁵⁹ Colombia. Tribunal Superior de Pasto. Radicado 520016100000-2019-00030-02 (29 de septiembre de 2020). M.P: Silvio Castrillón Paz. [en línea]. [Consulta: 29-05-2021]. Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/16233290/62076361/11+PENAL+NI++32164+JSGL.pdf/2d46cdd2-6ea1-4092-9269-5a1ebbb84290>

mínima resulta inocua cualquier negociación entre Fiscalía y procesado, y en este aspecto el Juez como lo hemos advertido no es un convidado de piedra sino un verdadero director y garante del proceso penal.

En conclusión, es importante resaltar de lo advertido por las sentencias analizadas que, cuando el preacuerdo conlleva una modificación de la calificación jurídica, porque cuenta con una base fáctica sólida, resulta obligatorio que se acompañe de evidencia de la probable existencia ontológica de la nueva figura y así establecer el vínculo de la misma con el delito cometido. Así lo dejó sentado la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019 en el estudio de la precitada providencia, como se advirtió anteriormente.

Por el contrario cuando el pacto contiene una modificación de la calificación jurídica, sin que exista una base factual que la soporte, y el preacuerdo solamente está orientado a una simple disminución de pena o a mejorar la condición punitiva de un sujeto en cualquier otro sentido, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos, como por ejemplo cuando se reconoce la rebaja de la tentativa (artículo 27 del Código Penal) para un delito que los fácticos lo acreditan indefectiblemente consumado; o cuando se reconoce un estado de ira e intenso dolor (artículo 57 Ídem) que no se divisa medianamente configurado, o se pacta la circunstancia de marginalidad (artículo 56 Ídem) sin que se advierta existente, o cuando en virtud del pacto se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 52227) ha señalado que cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, de suerte que no es menester aportar por las partes, ni exigir por la judicatura, elementos evidenciales de respaldo . En esa dimensión, los conflictos se traducen únicamente a la estimación de la rebaja punitiva a aplicar, y debiéndose condenar finalmente por el delito realmente perpetrado.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de agosto de 2020. Radicado 54039 de 2020 MP. Patricia Salazar Cuéllar.

CAPÍTULO IV. AFECTACIÓN A LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES FRENTE A LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS

La ley 906 de 2004 en su artículo 350 permite que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado puedan llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación; y específicamente en el inciso 2 ibídem, reitera que esta negociación debe darse sobre el delito imputado.

En el mismo sentido, el artículo 351 de la obra ya plurimencionada explica que dentro del trámite de la negociación el encartado “se declarará culpable del delito imputado”, aspecto que no se venía presentando de manera pacífica, hasta antes de la Sentencia 52227 del 24 de junio de 2020, pues se estaba preacordando y finalmente condenado por el punible negociado, lo que atentaba contra la figura aquí estudiada, máxime cuando así lo ha direccionado la Corte Constitucional, que en pretérita ocasión explicó que al momento de celebrarse preacuerdos entre el ente investigador y el encartado, *“aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal”*¹⁶¹.

No debe olvidarse que los preacuerdos se pactan con personas responsables por haber cometido un ilícito y por lo tanto no resultaba viable que la Fiscalía mutara la conducta punible cometida por el encartado, y mucho menos que el Juez de

¹⁶¹ Colombia. Corte Constitucional. 2005. Óp. Cit.

conocimiento lo permitiera, y terminara condenando a un ciudadano por un delito diferente al cometido, siendo lo negociable la pena a imponer más no el delito perpetrado.

Dentro de la justicia premial y consensuada la negociación entre el procesado y el ente investigador, debe encaminarse diamantamente a la terminación del proceso penal, por la manifestación de responsabilidad del inculcado en la conducta que realmente cometió, por lo tanto no tendrá nunca por objeto acordar la inocencia del imputado ni mucho menos cambiar el hecho consumado, debiendo terminarse el proceso con una sentencia condenatoria acorde con la conducta cometida por el respectivo ciudadano, de lo contrario podría generarse una lesión al debido proceso o conllevar a beneficios indebidos y prohibidos como lo estudiaremos en adelante.

Los fines previstos en el artículo 348 de la obra procesal penal, permiten apoyar la anterior premisa, puesto que dentro del proceso de negociación se debe propender por 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, con observancia del respeto del proceso penal y los derechos fundamentales de las partes y los intervinientes, por ello no es dable desnaturalizar la institución de los preacuerdos cambiando a priori la conducta cometida por el procesado, puesto que ninguno de los fines previstos en la norma mencionada apunta a que con los preacuerdos se cambie la responsabilidad del inculcado en el delito cometido.

Lo que resulta adecuado hoy, es que, al responsable de haber cometido un delito, se le condene por ello, garantizándole a la víctima la verdad, la justicia y la reparación en claro respeto por el debido proceso y los principios que en él se encuentran, otorgando un trato legal y justo a las partes e intervinientes con relación a la conducta ilícita ejecutada.

En la práctica judicial, como se advirtió anteriormente se estaba preacordando erróneamente, y consecuentemente el Juez de conocimiento estaba condenando por un delito por el cual la Fiscalía y el procesado llegaron a un acuerdo y no por el realmente cometido, veámoslo con un ejemplo:

Una persona que comete el delito de homicidio tentado puede acordar con la Fiscalía General de la Nación que se varíe la calificación jurídica al punible de lesiones personales, en este aspecto no tenemos ningún tipo de reparos, pero este cambio debe hacerse únicamente con efectos punitivos, esto es, se debe condenar como autor del delito de homicidio otorgándole la rebaja prevista en las lesiones personales y no como se estaba haciendo, ya que se condenaba por el delito negociado, creando un tipo penal que no se había cometido, o mejor que el implicado no ha perpetrado.

Si la conducta realizada, conforme a los medios de conocimiento en poder de la fiscalía, se corresponde con un homicidio en grado de tentativa, será esta la conducta atribuida, por mucho que en el proceso de negociación con fines de la terminación anticipada del proceso se pacte su tipificación como lesiones personales con miras a disminuir la pena¹⁶².

Se debe recordar que por disposición expresa del legislador el delito imputado y el punible negociado son conceptos diferentes¹⁶³, y por consiguiente no hay ninguna explicación para que se acuerde y se condene de forma diferente, esto es por el delito que el ciudadano cometió, *verbi gracia*, quien perpetró una conducta punible como autor, debe ser condenado por esa forma de participación criminal, sin importar si se preacordó el beneficio contenido como cómplice, que es del 50% de rebaja en la pena a imponer.

¹⁶² SARAY BOTERO, Nelson y URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia, Óp. cit. p. 148.

¹⁶³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. SP 17024-2016. Rad. 44562 (23 de noviembre de 2016). Salvamento de voto de la M.P: Patricia Salazar Cuellar. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020] Disponible en <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/663861057>

Con relación a la problemática expuesta, lo que se pretendió es que las partes, intervinientes en el proceso penal y el operador judicial entendieran que es posible llegar a acuerdos y negociaciones sin quebrantar la ley, haciéndolo bien, y no es más que preacordar y posteriormente condenar por el delito que realmente ha cometido el implicado en un asunto penal, de lo contrario se atenta contra diferentes principios y derechos fundamentales del proceso y de las partes e intervinientes, como se explicará en este capítulo.

4.1 CONDENAR POR EL DELITO COMETIDO Y NO POR EL NEGOCIADO. POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La posición que se ha estudiado en este trabajo, en el sentido que debe condenar por el punible perpetrado y no por el negociado entre las partes, fue abordada inicialmente por el magistrado Eugenio Fernández Carlier desde el año 2013, quien mediante salvamento de voto en las providencias que analizaban el tema de los preacuerdos, se apartaba de la posición mayoritaria cuando permitían condenar por el delito acordado y no por el consumado.

Mediante aclaración de voto al auto de segunda instancia dentro del proceso con radicación 39886 del 16 de octubre de 2013, el Magistrado Eugenio Fernández Carlier se refirió entre otras, a la labor de la Fiscalía, señalando que su tarea es la de verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador, rememorando la sentencia C - 1260 de 2005 cuando declaró exequible el numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido que el Fiscal a los hechos solamente les puede dar la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Conforme a lo anterior, para el Juez Colegiado,

“Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, por lo que las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello en relación con los hechos y la atribución jurídica, excepcionalmente el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario el error en el nomen iuris conlleva a un absurdo, verbigracia se expresan pretensiones de condena por estafa cuando se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, (etc.). El preacuerdo o el allanamiento es ineficaz, no es oponible jurídicamente, cuando no satisface los presupuestos anunciados, el quebrantamiento de estos obtiene un consentimiento viciado o el desconocimiento de derechos fundamentales”.¹⁶⁴

Advirtiendo claramente desde esta época, cuál era su pensamiento y postura, frente a los preacuerdos, que no era otra que una correcta adecuación típica de la conducta frente a los hechos realmente cometidos de conformidad con los punibles contenidos en el código penal.

De la misma manera en la aclaración de voto efectuada por el magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, Radicación 44.562 del 23 de noviembre de 2016, continuaba manteniendo y explicando su postura, esta vez dentro de un caso donde se había condenado a un ciudadano por una modalidad de participación que no correspondía a la conducta óptica y típica, al igual que la anterior sentencia traída a colación. Argumentó que se declaró al inculcado responsable en calidad de cómplice cuando la estricta tipicidad era la de autor en un delito de porte de armas en el que ninguna persona distinta al imputado intervino en la consumación del delito, por lo tanto, para el Juez Colegiado:

¹⁶⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Radicación 39886 (16 de octubre de 2013). Salvamento de voto del M.P: Eugenio Fernández Carlier. p. 51. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886\(16-10-13\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886(16-10-13).doc)

“3.5. No se afecta la justicia premial si se condena por el delito cometido, porque se otorga siempre la rebaja de pena que de manera consensuada proponen el Fiscal, la defensa y el procesado.

La propuesta formulada en este salvamento no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, quien a ellos se somete recibe el descuento punitivo que le corresponde, no se le niega, solo que se le declara culpable por lo que realmente hizo y como consecuencia de aceptar el cargo se le impone una pena menor que resulta de la tasación conforme al ilícito acordado.

Para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por una tipicidad convenida, esta debe ser la que corresponde a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si pueden ser negociados en cualquiera de las modalidades de los preacuerdos”.¹⁶⁵

Posición esta que ha mantenido entre otras, en los salvamentos a las sentencias SP7100-2016 radicación 46101 del 1 de junio de 2016, SP16933-2016 radicación 47732 del 23 de noviembre de 2016, la sentencia de casación No. 52227 del 24 de junio de 2020 y radicados 52373, 46684, 44562, 47732, 52373, 45736, 51007 55954, 55166 y 54954 donde expuso claramente y reiteró que no son negociables los hechos, la materialidad y la consiguiente responsabilidad penal por el delito cometido. Básicamente se exponía que el beneficio sí podía ser objeto de transacción jurídica y tiene incidencia únicamente en la sanción a imponer por la licitud consumada, por ello, la sanción individualizada que corresponde a la responsabilidad penal aceptada, por el delito cometido, puede ser sustituida o reducida por razón del beneficio otorgado, de donde resulta que lo negociable entre las partes es el beneficio por la aceptación de cargos, en consecuencia:

El beneficio debe traducirse en un guarismo, según la modalidad por la que se opte, y, éste será el que se aplique a la sanción, a saber: un monto determinado de la sanción prevista para el delito consumado, o la cantidad que represente el pacto por degradación (deducción del

¹⁶⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia. SP 17024-2016. Rad. 44562 (23 de noviembre de 2016). Salvamento de voto de la M.P: Patricia Salazar Cuellar. p. 52. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en: <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/663861057>

equivalente a una agravante o cargo específico) o el equivalente a una tipicidad relacionada de reproche punitivo menor (readecuación). Estas situaciones generan las modalidades de preacuerdo simple, con degradación, readecuación típica, sin rebaja de pena y con culpabilidad preacordada¹⁶⁶.

Postura que en su momento fue respaldada por la Magistrada Patricia Salazar Cuellar que en salvamento de voto a las providencias con radicación 44.562 y 46684 del 23 de noviembre de 2016, 48293 del 25 de enero de 2017 y 46930 del 15 de noviembre de ese mismo año, la togada colegiada explicó la importancia de condenar por el delito imputado y no por el negociado, advirtiendo que el objetivo práctico de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado no podía ser otro que el de aminorar la pena para la conducta imputada, a cambio de la admisión de responsabilidad por parte del procesado. Por eso, estimó que resultaba necesario distinguir en la sentencia de condena, de una parte, la determinación de la responsabilidad penal por la conducta realmente cometida y, de otra, la concreción de la rebaja punitiva resultante de la degradación o readecuación de la conducta punible acordada.

Significaba lo anterior, que en materia de preacuerdos y negociaciones, la calificación jurídica circunstanciada y la consiguiente responsabilidad penal admitida por el acusado se hacían inmutables, por lo tanto sobre la conducta punible imputada es que debe versar la admisión de responsabilidad del procesado y la declaración que en este sentido emite en su fallo condenatorio el juez de conocimiento, advirtiendo claramente que, la modificación en favor del imputado o acusado se produce exclusivamente en materia punitiva.

¹⁶⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Aclaración de voto a la sentencia de Casación 5227 del 24 de junio de 2020. M.P.: Eugenio Fernández Carlier. p. 92. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020\(52227\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020(52227).pdf)

Es por lo anterior que tras presentarse un preacuerdo en los términos previstos en los numerales 1 y 2 del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, el control judicial llevado a cabo por parte del juez de conocimiento debe comprender, en términos de acatamiento de las garantías fundamentales, no solamente lo relativo a la legalidad de la fórmula de composición ofrecida por la Fiscalía y el imputado o acusado, incluido el delito o los delitos acordados, su degradación punitiva y sus consecuencias, sino que también debe extenderse a la conducta punible original, la que fue objeto de imputación o acusación y su consonancia jurídica en materia de adecuación típica con la realidad fáctica que se viene acreditando hasta el momento procesal en que se presenta la negociación para el escrutinio judicial.

En este sentido, una vez aprobado el preacuerdo y después de agotar lo previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, si a ello hubiere lugar, procederá el juez de conocimiento a la emisión de la sentencia, la cual debe contener por lo menos dos manifestaciones básicas. La primera, la de declarar responsable al acusado del delito o de los delitos reales que fueron objeto de la imputación y de la negociación entre Fiscalía y procesado. La segunda, como respuesta punitiva a la anterior declaración, deberá imponer la sanción que corresponde con el delito o los delitos que fueron acordados entre las partes. (Subrayado y negrilla fuera de texto)¹⁶⁷

Es importante mencionar que la Corte Suprema de Justicia en sendas providencias, ya había abordado de alguna manera el tema aquí estudiado y sin señalarlo expresamente, estaba aplicando la tesis aquí planteada, en cuanto la condena debe versar por el delito cometido y no por el preacordado.

En sentencia con radicación 51.341 del 21 de marzo de 2018, donde fungía como procesado el ex Gobernador del Departamento de Córdoba ALEJANDRO JOSÉ

¹⁶⁷ Aclaración de voto a la sentencia de Casación CSJ SP 17024-2016, Radicación 44.562 del 23 de noviembre de 2016. M.P: Patricia Salazar Cuellar. Óp. Cit.

LYONS MUSKUS, la Fiscalía General de la Nación solicitó la aprobación de un preacuerdo, en el que el implicado aceptaba los términos de la imputación fáctica por el punible de concierto para delinquir agravado, a cambio de que se le aplicara el mínimo de la pena previsto para el delito de concierto para delinquir simple, lo que finalmente aconteció puesto que así fue condenado, como autor del delito de concierto para delinquir agravado, quien por razón del preacuerdo aprobado, se hizo merecedor a la pena principal de cinco (5) años y tres (3) meses de prisión. Resultando claro el presente caso, que la pena impuesta fue la correspondiente a la del delito de concierto para delinquir simple (Art. 340.1 CP) y no la del concierto para delinquir agravado del inciso 3° del Art. 340.3 del C.P.

Este sea posiblemente el primer caso donde la Corte en pleno acoge esta postura y condena por el delito realmente cometido, sin que se hiciera mayor análisis, profiere sentencia condenatoria por el punible imputado -concierto para delinquir agravado- independientemente de otorgarle la rebaja del concierto para delinquir simple, en una clara manifestación de acogimiento al principio de legalidad que más adelante con amplitud, la Corporación acogiera y explicara de mejor manera.

De igual manera, se tiene que en providencia CSJ SP 3723-2018, con radicación 51.551 del 5 de septiembre 2018, la Corte, advirtió que los hechos aceptados por el procesado fueron por el punible de violencia intrafamiliar agravada, que era el delito que había perpetrado. En este caso se solicitaba que se mutara la conducta cometida y se condenara como cómplice por el delito de lesiones personales dolosas, lo que no se permitió, explicando la Corporación que el acuerdo con la Fiscalía se llevó a cabo con estricto apego a la tipicidad del hecho cometido y así fue finalmente condenado.

En otra sentencia con radicación 50.000 del 28 de febrero de 2018, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en un caso donde un ciudadano cometió el delito de concierto para delinquir agravado preacordó con el ente investigador una

reducción en su pena de 48 meses, correspondiente a la contenida para el concierto simple, pero fue finalmente condenado por el delito realmente cometido, esto es, concierto para delinquir agravado, en una clara aplicación de la norma y del principio de tipicidad, tal como se ha venido explicando en el presente trabajo.

Más adelante en la sentencia de casación con radicación 45736 del 24 de febrero de 2019, el magistrado Eugenio Fernández Carlier salva parcialmente su voto en un caso donde en primera instancia se condenó a los procesados como responsables del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en calidad de cómplices y se les impuso la pena que a esa situación jurídica correspondía, a pesar de que de conformidad con los elementos materiales probatorios y evidencia física habían sido imputados como autores.

En su disertación el magistrado de la Alta Corporación explicó lo siguiente:

“El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, “el imputado se declarará culpable del delito imputado”, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que surja como consecuencia de la eliminación de una agravante o cargo específico, la que es representativa de una degradación.

Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado el legislador autorizó la condena por el delito imputado, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito que surge de la readecuación en el preacuerdo que conlleva esa modalidad, porque con esta última solución se afectan garantías fundamentales de la víctima.

Una de las expresiones del debido proceso se materializa cuando al procesado se le juzga y condena como responsable del delito cometido y no por uno diferente. La importancia de esta regla estriba en que la reparación e indemnización de la víctima está en relación directa con la

responsabilidad declarada y no con la pena impuesta, así lo declara expresamente el texto del artículo 2341 del C.C”.¹⁶⁸

Esta tesis que hoy se estudia, fue abordada por igualmente por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 479 de 2019, que retomó con amplitud lo decidido por esa misma Corporación 14 años antes, en la sentencia C-1260 de 2005, cuando argumentó que, dentro del trámite de negociación, el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Concluyendo la Alta Corporación:

“En suma, de acuerdo con los precedentes constitucionales referidos y particularmente a la Sentencia C-1260 de 2005 que hace tránsito a cosa juzgada, la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso”.¹⁶⁹

Ahora bien, ya para el año 2020, la Corte cambia su postura y reafirma la tesis que se había venido aplicando en las providencias anteriormente mencionadas y que hemos abordado en este trabajo. Es así, como en la decisión CSJ SP del 24 de junio de 2020 con radicación 52227, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, la Alta Corporación en pleno, explicó ampliamente que debe condenarse por el delito cometido, imputado y/o acusado y no por el preacordado:

Para la solución del caso argumentó que debía tenerse en cuenta lo siguiente:

“Primero. En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando

¹⁶⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Radicación 45736 (24 de febrero de 2019). Salvamento de voto del M.P: Eugenio Fernández Carlier. p. 37. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886\(16-10-13\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886(16-10-13).doc).

¹⁶⁹ Colombia. Corte Constitucional. 2019. Óp. cit.

se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales”.¹⁷⁰

Postura que ha mantenido en el tiempo la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, como en efecto se evidencia en la sentencia SP4225-2020 del 21 de octubre de 2020, donde nuevamente argumentó que *“los preacuerdos no están encaminados a variar la calificación jurídica, sino solamente, a hacer alusión a una norma favorable punitivamente para el procesado, que no se ajusta a la hipótesis*

¹⁷⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia. SP (24 de junio de 2020) con radicación 52227. M.P: Patricia Salazar Cuellar. p. 64 y 65. [en línea]. [Consulta: 23-12-202] Disponible en [https://corte.suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020\(52227\).pdf](https://corte.suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020(52227).pdf)

fáctica aceptada y que tiene solo el carácter teleológico de establecer el monto de la rebaja punitiva, sin tocar la responsabilidad”.

De la misma manera, en providencia con radicación No. 59232 del 5 de mayo de 2021 el Alto Tribunal confirmó la decisión de improbar un preacuerdo por cuanto la Fiscalía se excedió en el beneficio dado a la procesada que había cometido los delitos de prevaricato por acción (art. 413) y abuso de función pública (art. 428) otorgándole la rebaja contenida en el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, orientando la labor del Juez, de la siguiente manera:

Los preacuerdos serán controlados por el juez de conocimiento para verificar que cumplan las exigencias legales y, en general, preserven las garantías fundamentales de las partes e intervinientes. **Cuando aquéllos conservan el núcleo fáctico de la imputación y/o acusación y su exacta calificación jurídica, pero remiten a la consecuencia establecida para un supuesto típico diferente, por supuesto más benévola que la procedería en estricta legalidad, el control judicial debe constatar, especialmente, la proporcionalidad del beneficio que se establece, sin perjuicio de los demás requisitos legales.**
(Negrilla y resaltado fuera del texto)

En la sentencia de casación SP2073-2020, jun. 24, rad. 52227, en consonancia con las motivaciones expuestas por la Corte Constitucional en la SU-479/2019, se establecieron los parámetros de interpretación de las normas constitucionales y legales que regulan el instituto de los preacuerdos, resaltando que las facultades de la Fiscalía General de la Nación en ese ámbito, especialmente a la hora de definir el beneficio a otorgar, no son ilimitadas, sino que, por el contrario, están sujetas al principio de discrecionalidad reglada.

En consecuencia, pese a que las Altas Corporaciones habían abordado este tema, hasta antes del año 2020 no se había explicado claramente cómo se debía preacordar y fallar, ni se había sentado una jurisprudencia sólida como la que se presenta en este momento, ya que los Jueces estaban condenando por un delito diferente al perpetrado, producto de una errada negociación, lo que traía

implicaciones adversas para el proceso penal, sus partes e intervinientes, que a continuación procedemos a explicar.

4.2 AFECTACIÓN A LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

A pesar que en la actualidad la institución de los preacuerdos tal como está, se encuentra bien acogida por una parte de la doctrina y los operadores judiciales como terminación del proceso penal de manera anticipada, debemos insistir en que se venía cumpliendo erróneamente, puesto que al condenar a una persona por un delito que no había cometido, sino que había surgido producto de una negociación con el ente acusador, vulneraba principios rectores y garantías procesales previstas en el ordenamiento jurídico penal colombiano, con lo que indudablemente se quebrantaba la estructura del proceso penal.

El artículo 10 del C.P.P., expresa que “La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”¹⁷¹. Norma que no se estaba cumpliendo, puesto que al preacordar erróneamente y condenar a una persona por un delito que jamás se había perpetrado quebrantaba no solo la estructura misma del proceso penal sino los derechos de las víctimas, la reparación de perjuicios, la prescripción de la acción penal y el principio de legalidad, entre otros, como se explicará más adelante.

Es importante indicar que el Estado social y democrático de derecho colombiano, tal como lo profesa la Carta Política, contiene principios y garantías dentro de los trámites judiciales que deben cumplirse. Aquí se encuentra el debido proceso como un pilar inamovible sobre el que descansa todo el sistema jurídico, que soporta la

¹⁷¹ Colombia. Congreso de la República. 2004. Óp. Cit. Art. 10.

convicción en las instituciones y en el Estado, consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

El debido proceso dentro del ámbito judicial, tiene su cimiento principalmente en el principio de legalidad, y para el presente caso, se debe recordar que al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que debe obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso, debiendo encuadrar la conducta punible en el respectivo tipo penal, para luego declarar responsable al ciudadano infractor por el delito cometido y bien endilgado. No se debe olvidar, que de conformidad con el último inciso del artículo 10 de la obra procesal penal, es una obligación del Juez de Conocimiento corregir los actos irregulares cuando así los advierta y en este caso es imperante que el operador judicial controle el trámite de negociación y condene por el delito que realmente se ha cometido, de no darse lo anterior indudablemente se afecta la estructura propia del proceso penal.

Precisamente la Corte en sentencia CSJ AP del 5 de diciembre de 2002, con radicación 18.683 ha indicado que el artículo 29 de la Carta Política, en lo atinente a la garantía fundamental del debido proceso, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la *“plenitud de las formas propias de cada juicio”*. También ha señalado que el concepto de debido proceso se integra por el de *“las formas propias de cada juicio”*, esto es por el conjunto de reglas y preceptos que le otorgan autonomía a cada clase de proceso y permiten diferenciarlo de los demás establecidos en la ley. De este modo, dentro de la categoría de formas propias de cada juicio, el sistema penal acusatorio ha previsto al menos dos tipos específicos de proceso: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, acusación, juicio oral, sentencia y ejecución; y el otro, de índole abreviada, fundado en la renuncia voluntaria, debidamente informada y con asistencia de un defensor, por parte del imputado o acusado, al derecho de no autoincriminarse y al de tener

un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, aceptando su responsabilidad penal en la conducta delictiva a él imputada a cambio de una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria del juicio oral, esto último, claramente cuando no se cumple, y se preacuerda y se condena por el delito que se ha cometido y se ha imputado, tal como ordena la Ley y la Jurisprudencia antes vista, evidentemente se quebranta el sistema procesal imperante en el ordenamiento jurídico colombiano.

Aunado a lo anterior, cuando a una persona se le acusaba, juzgaba y finalmente se le sentenciaba, se hacía por el delito que había cometido y que la fiscalía había enmarcado en un tipo penal de conformidad con la conducta acaecida, lo mismo sucede con la institución de los preacuerdos, ya que evidentemente si acuerda un delito o forma de participación que no ha cometido y finalmente se le condena de forma errada, se quebranta el debido proceso.

La declaración de responsabilidad penal por el delito cometido y la imposición de la pena preacordada conjura la impunidad, la inseguridad jurídica, el sacrificio de la dogmática penal, el quebrantamiento del debido proceso y de garantías a la víctima. Si se condena por el delito cometido, se da trato jurídico igual a las partes e intervinientes en lo que atañe a sus derechos e intereses en relación con el problema jurídico penal; al culpable se le responsabiliza por el delito ejecutado y a la víctima se le garantiza la verdad, la justicia y la reparación¹⁷².

4.3 AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad no es otra cosa que el respeto y el acatamiento a ley vigente y su jurisdicción, y no a la voluntad de las personas, por consiguiente para el asunto es relevante en el presente trabajo, así la Constitución Política y la Ley haya

¹⁷² Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. 2016. Óp. Cit.

facultado a la Fiscalía General de la Nación para que pudiera negociar con el procesado la pena a imponer y la culminación del proceso de manera anticipada, no puede crear tipos penales que el implicado no ha cometido, puesto que al hacerlo se afecta el principio de legalidad.

De la misma manera, no podría por ejemplo cambiar el delito a una persona que ha cometido peculado por apropiación doloso a uno culposo o degradarlo en abuso de confianza agravado, puesto que esto vulneraría el mandato constitucional que ordena imponer a perpetuidad la inhabilitación de funciones públicas, lo que traduce en quebrantamiento al principio de legalidad, pudiendo otorgar la rebaja punitiva prevista en los tipos penales mencionados pero condenarlo por el peculado por apropiación doloso que fue el punible que cometió.

Lo anterior se atempera con el apotegma *Mutatis mutandis*, en el entendido que el Fiscal no tiene la potestad en el proceso penal de “tipificar” la conducta cometida por el encartado, puesto que está ya en la norma penal y es una competencia exclusiva del legislador, pudiendo si adecuar los hechos demostrados con la acción u omisión ejecutada a los tipos penales previstos ya en el Código Penal, lo que se ha llamado el proceso de adecuación típica. Lo mismo sucede en el trámite cuando se está preacordando, el delegado del ente acusador debe adecuar la conducta cometida por el procesado a uno o varios tipos penales, de conformidad con la conducta acaecida, de no hacer esto, está incumpliendo con ese mandato constitucional que se le ha conferido.

Ese proceso de adecuación punitiva, lo abordó la Corte Constitucional, en providencia C-1260 de 2005, en donde explicó el papel que tiene la Fiscalía General de la Nación en cuanto a este aspecto y específicamente en el proceso de negociación, explicándolo así: “(...) 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”.¹⁷³

¹⁷³ Colombia. Corte Constitucional. 2005. Óp. Cit.

Es claro que el Fiscal no puede crear tipos penales cuando no se han cometido, dentro de un proceso de negociación donde se permite cierta libertad a las partes para acordar y por ello se ha entendido mal la figura y se ha realizado erróneamente el proceso de adecuación típica, otorgándole a un ciudadano *verbi gracia* un delito o una categoría de participación que nunca ha cometido lo cual no le está permitido al ente acusador, como tampoco condenar por un punible que no se ha perpetrado al Juez de conocimiento, lo que conlleva evidentemente al quebrantamiento del principio de legalidad y por ende al de tipicidad.

En la aclaración de voto efectuada por el magistrado Eugenio Fernández Carlier a la providencia CSJ SP 17024-2016, radicación 44.562 del 23 de noviembre de 2016, expuso que se otorgaba un doble beneficio y se afectaba la legalidad de los preacuerdos y las decisiones judiciales cuando por ejemplo se permitía condenar como cómplice a quien es autor o se modificaba la elección del delito base para la tasación de la pena en el caso de concurso delictual, puesto que lo dable es que se otorgue la pena acordada y finalmente se condene por el delito cometido.

4.4 PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPICIDAD

El principio de tipicidad se encuentra estrechamente ligado al principio anteriormente estudiado, y consiste en la correcta adecuación entre la conducta descrita en el tipo penal y el hecho cometido por acción u omisión.

Dentro del trámite de negociación la Fiscalía General de la Nación tiene la potestad de acordar un beneficio con el procesado que por lo general se traduce en una rebaja ostensible en la pena a imponer, preacuerdo que se presenta ante el Juez de conocimiento para que sea aprobado y posteriormente condenado por la responsabilidad admitida, esto traduce en que el ente acusador puede llegar a un acuerdo con el procesado porque este último ha cometido un delito, descrito en la Ley penal el cual puede modificarse, lo que se pacta es la rebaja de la pena por cualquier otro delito, pero finalmente debe preacordarse y condenarse por el delito perpetrado.

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:

“(...) que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.”¹⁷⁴

De no acogerse lo anterior, esto es adecuar una conducta prohibida y tipificada como delito en una que no corresponde y que no se ha cometido atenta indudablemente con el principio de estricta tipicidad, así lo ha reiterado la Alta Magistratura al explicar que *una interpretación extensiva o equivocada del tipo penal transgrede dicho principio*¹⁷⁵.

Con el fin de proteger derechos y garantías del proceso penal y de las víctimas dentro de un proceso de negociación, no es adecuado declarar responsable al implicado por una tipicidad convenida, ya que esta debe ser la que corresponde a la estricta tipicidad de los hechos cometidos, solo que la pena y los subrogados si pueden ser negociados en cualquiera de las modalidades de los preacuerdos.

4.5 PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El artículo 448 desarrolla el principio de congruencia y hace referencia a que ningún sujeto pasivo de la persecución penal puede ser declarado penalmente responsable por hechos diferentes a los contenidos en la acusación. En ese sentido, este principio hace parte del debido proceso que enmarca una vinculatoriedad de los fundamentos fácticos y jurídicos que iniciaron el juicio oral y que obviamente, se ven reflejados en la sentencia.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

¹⁷⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-127 M.P; Alejandro Martínez Caballero. [en línea]. (30 de marzo de 1993). [Consulta: 21-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-127-93.htm>

La anterior premisa no es más que el resultado de esa congruencia fáctica que tanto la doctrina como la jurisprudencia ha estudiado y hace relación a los hechos cometidos y que son objeto de imputación y/o acusación los cuales no pueden modificarse deliberadamente o al arbitrio del ente investigador en el desarrollo del proceso de manera tal que sirvan igualmente como fundamento de la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de abril de 2007 con radicación 26309 y que posteriormente retomara la Corte Constitucional en providencia C-025 del 27 de enero de 2010, diferenció la congruencia fáctica y la jurídica:

“Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el Juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación”.¹⁷⁶

En la misma providencia, consideró que la congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas, explicando que:

“Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el Juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al Juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una

¹⁷⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Radicación 26309. (25 de abril de 2007). M.P: Yesid Ramírez Bastidas. p. 30 y 31 [en línea] [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad”¹⁷⁷.

Indudablemente en ese proceso que hace inicialmente la Fiscalía General de la Nación de adecuación típica con base en unos hechos ilícitos cometidos y por lo cuales pedirá condena por intermedio de una acusación o un preacuerdo, debe haber congruencia de esos hechos cometidos con la solicitud de responsabilidad penal y consecuentemente con la declaración de condena.

En consecuencia, se quebranta el principio de congruencia cuando el Juez de conocimiento condena por un delito que el procesado jamás ha cometido, sin que haya relación alguna entre los hechos delictuales perpetrados, la imputación, la acusación y/o el acta de preacuerdo, según sea el caso, y la sentencia emitida producto de una errada negociación, puesto que se insiste, el acuerdo tiene unos fines legales trascendentes y no se puede vulnerar garantías fundamentales, debiéndose emitir condena por el delito realmente cometido.

Resulta lógico en consecuencia que el Juez de Conocimiento condene por el hecho realmente cometido, independientemente del beneficio o rebaja que se ha otorgado, en eso consiste el principio de congruencia.

4.6 EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCIÓN

Es de recordar que jurisdicción, hace referencia a esa potestad para aplicar el derecho, que se encuentra en cabeza de los Jueces de la República, quienes están llamados a administrar justicia de forma armónica. Esto se traduce en que todas las jurisdicciones, civil, penal, laboral, administrativo, entre otras deben emitir fallos que

¹⁷⁷ *Ibidem*.

permitan entregar a la comunidad en general una seguridad jurídica que haga del derecho uno solo, ósea, que no existan decisiones contradictorias para el mismo caso.

El maestro Nelson Saray en cuanto a la unidad de jurisdicción explica que consiste en que la decisión de juez no puede ser desconocida por ninguna otra jurisdicción verbi gracia la declaración penal no puede desconocerse por la justicia civil, un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo¹⁷⁸.

Lo anterior resulta indudablemente acertado ya que, si un ciudadano comete un ilícito de violencia intrafamiliar y la víctima acude a la jurisdicción penal y civil en busca de justicia y resarcimiento de daños, no resulta dable que termine siendo condenado ese delincuente en el campo civil por el punible de violencia intrafamiliar y penalmente se mute el delito perpetrado a lesiones personales y sea condenado de esta manera sin que el ciudadano haya cometido esa conducta.

Se genera una inseguridad jurídica y un mensaje de desprestigio de la administración de justicia cuando para un mismo caso las jurisdicciones sin razón alguna fallan de manera distinta y equivocada, máxime cuando en el ordenamiento jurídico colombiano unos de los pilares fundamentales es la colaboración armónica y concatenada de las jurisdicciones.

En cuanto al tema la jurisprudencia se ha referido de la siguiente manera:

“La cosa juzgada está llamada a garantizar la unidad de la jurisdicción, de modo que solamente haya un pronunciamiento sobre la misma materia. Así, cuando la jurisdicción se agota con una decisión, ésta se vuelve intangible por antonomasia y ningún otro juez puede volver sobre el asunto, pues de hacerlo, sería posible el hallazgo de dos sentencias contradictorias sobre idéntica controversia lo cual desconocería la unidad de jurisdicción y lesionaría la seguridad jurídica, pues la aplicación de

¹⁷⁸ SARAY BOTERO, Nelson y URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia, Óp. Cit. p. 159.

unas mismas normas a un caso idéntico, no puede conducir razonablemente a resultados distintos¹⁷⁹.

Dicho de otra manera, no hay razón alguna para que un Juez condene a un ciudadano por un delito que no ha cometido producto de una negociación, dentro de un trámite penal y otro Juez de diferente jurisdicción emita un fallo diferente, cuando su base son los mismos hechos cometidos, enviando un mensaje errado y contradictorio a la sociedad. Razón por la cual es preciso unificar criterios jurídicos y jurisprudenciales en este sentido y no es más que condenar por el punible que el encartado perpetró y no inventarse un delito que no se ha cometido por el simple hecho de encontrarse bajo una negociación para obtener una rebaja de pena. Lo ideal entonces es, que so pena de violentar el principio de Unidad de Jurisdicción, los jueces en Colombia fallen por el delito realmente consumado y no por el negociado.

4.7 PRESCRIPCIÓN DEL PROCESO PENAL CUANDO NO SE CONDENA POR EL DELITO REALMENTE COMETIDO

La prescripción de la acción penal es una institución de orden público, en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. Dicho fenómeno ocurre cuando los operadores jurídicos dejan vencer el plazo señalado por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual a la postre implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra del ciudadano beneficiado con la prescripción.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Radicación 11001-03-25-000-2011-00153-00(0502-11) [en línea]. (17 de mayo de 2012). p. 1 y ss. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004239>

¹⁸⁰ Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-416. (28 de mayo de 2002). M.P: Clara Inés Vargas Hernández. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-416-02.htm>

Para contabilizar los términos de la prescripción de la acción penal, según la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁸¹ la calificación jurídica que ha de tenerse en cuenta es “*la consignada en la sentencia*”. Es decir que en el evento de llegar a presentarse un preacuerdo entre las partes y el mismo fuere aceptado, el delito pactado o las circunstancias de participación y genéricas que ahí se negocien, serán las que determinen el término de la prescripción que trata el artículo 86 del Código Penal.

Un ejemplo de esta situación, es entre otras, la que se presentó en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 3 de febrero de 2016, bajo radicado 43356, donde se aprobó en esa sede la negociación celebrada entre las partes, atribuyéndoles, según lo pactado en los preacuerdos, responsabilidad penal como cómplices de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, siendo ésta calificación jurídica la que tomó en consideración la Sala para efectos de determinar el término de prescripción de la acción penal.

En aquella ocasión la Corte partió de las disposiciones originales del Código Penal de 2000, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007, pero sin tener en cuenta las introducidas por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, por lo tanto, el término de prescripción sería de ochenta (80) meses (es decir 6 años y 8 meses) con anterioridad a la imputación y de cuarenta (40) meses (3 años y 4 meses) con posterioridad a ésta para el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

La formulación de imputación respecto a uno de los procesados fue llevada a cabo el 23 de noviembre de 2009 y con relación al otro el 15 de enero de 2010. Fechas desde las cuales se contó los tres (3) años y cuatro (4) meses para el delito

¹⁸¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencias SP. (23 de mayo de 2012, rad. 35.256; 13 de abril de 2011, rad. 35.964, 13 de mayo de 2009, rad. 31.424 y 23 de noviembre de 2016, rad. 45.466). [en línea]. [Consulta: 2021] Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

mencionado, y se constató que se cumplieron los días 23 de marzo y 15 de mayo de 2013, y por tanto declaró la prescripción de la acción penal sobre dicho punible, favoreciendo a los procesados.

Esta situación, es constante en el trasegar jurídico al momento de pactar preacuerdos, los cuales si bien buscan celeridad en los procesos y que consecuentemente exista una condena que, a su vez no permite una posible prescripción, lo es también que no todas las negociaciones son aceptadas por los jueces en primera instancia, y que al ser apeladas, su superior jerárquico o la Corte en sede de casación apruebe el pacto, pero con la premisa que la calificación jurídica negociada conlleve a una innegable prescripción.

En consecuencia, cuando en las negociaciones las partes cambian la calificación jurídica para efectos de obtener una rebaja, pero en la sentencia se condena por ese delito pactado, puede llegar a una prescripción de la acción penal generalmente cuando al transcurrir del tiempo por esa mutación, se debe dar aplicación al fenómeno descrito.

De ahí, la importancia que, al momento de efectuarse una negociación y su posible aprobación, las partes y los jueces tengan claro la necesidad que la responsabilidad jurídica se declare por el delito realmente cometido y sólo para efectos de imponer la pena se tenga en cuenta el ilícito o las circunstancias pactadas en la negociación, ello para evitar una posible prescripción y más aún que se considere al sistema consensuado el camino a la impunidad.

4.8 EL PREACUERDO NO DEBE GENERAR IMPUNIDAD

Si de lo que se trata es de eliminar los estímulos hacia el delito, el mal tiene que ser de mayor entidad que la ventaja que se obtenga con el hecho¹⁸².

¹⁸² LESCH, Heiko. La función de la pena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 46.

Con esta frase se representa lo que ha ocurrido desde la promulgación de Ley 906 de 2004, en lo que respecta a las negociaciones y preacuerdos, toda vez que con la condena por el delito preacordado y no por el delito realmente cometido, según el análisis realizado, se está generando impunidad y a su vez este hecho está deslegitimando las instituciones y la confianza de la sociedad en la justicia.

Tras cometer un hecho delictivo, la sociedad busca que los implicados tengan un castigo ejemplar de forma eficaz y oportuna, el cual se puede presentar a través de las negociaciones y preacuerdos, sin embargo, los grandes beneficios que reciben los imputados como es la degradación de la conducta delictiva o el reconocimiento de circunstancias de atenuación o cambio de participación, conllevan a estigmatizar los preacuerdos como una forma de impunidad, al observar que no sólo son favorecidos con rebaja de su pena sino con sustitutos penales que el delito realmente cometido no permitiría.

En este mismo orden, el condenar por el delito negociado o preacordado, puede generar, como se precisó en el anterior ítem, la prescripción de la acción penal, o delitos que son de oficio se conviertan en delitos querellables que a su vez podrían sobrellevar la caducidad de la querrela (artículo 73 del CPP), o también la extinción de la acción penal bajo la modalidad de la indemnización integral, que aún se contempla en el sistema acusatoria por principio de favorabilidad descrita en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁸³.

Advertido lo anterior, es claro que cuando opera la prescripción de la acción penal, la caducidad de la querrela o extinción penal de la acción bajo la modalidad de indemnización integral, al condenar por un delito que no se cometió, indudablemente se configura la impunidad dentro del proceso penal.

¹⁸³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP Radicación 31.466 (31 de marzo de 2009). M.P: Alfredo Gómez Quintero. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <http://consultajurisdic.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Todos estos factores, no se presentarían si en la sentencia se condena al procesado por el delito realmente cometido, y no por el negociado, donde todas las partes se verían beneficiadas, en el entendido que el acusado lo que busca es menor pena por el hecho cometido, y las víctimas que exista verdad, justicia, reparación y no repetición.

Pensar en la postura que propone en este escrito, lleva que se deje de concebir que los preacuerdos están hechos para que la gente delinca y después se vea beneficiado no sólo con la rebaja de su pena, sino con otras situaciones que originalmente no tendrían cabida, y así se evitaría que la imagen del sistema consensuado sea observada como el camino fácil para la impunidad.

4.9 LA VÍCTIMA FRENTE AL CAMBIO DE VARIACIÓN JURÍDICA

El numeral 7° del artículo 250 de la Constitución establece como obligación de la Fiscalía General de la Nación velar por la protección de las víctimas. Concretamente, en el proceso penal acusatorio, esta obligación se traduce en el deber de la Fiscalía de garantizar la vigencia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mismas a lo largo del proceso.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia SU-479 de 2019 refirió que en temas de preacuerdos el juez debe verificar si el mismo garantiza los derechos de la víctima a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Además, de acuerdo a los fundamentos fácticos y jurídicos del caso, y a las calidades especiales de la víctima, determinar si no se vulneraron otros derechos fundamentales de la misma, como su derecho a participar en la celebración y aprobación del preacuerdo, o si se desconocieron principios constitucionales relevantes, como el de legalidad.

Si bien es cierto, con las negociaciones que realiza la Fiscalía y el acusado, se busca beneficiar a todas las partes dentro del proceso entre estas a la víctima, en

el entendido de conocer la verdad, que se haga justicia y obtener una compensación por el daño causado, lo cierto es que los derechos de esta al condenar por un delito preacordado y no por el realmente cometido, se ven afectados, específicamente al solicitar la reparación por el injusto por el cual se vio afectada.

Por ejemplo, no es lo mismo solicitar el pago de perjuicios y reparación por un delito de tentativa de homicidio o violencia intrafamiliar que por el punible pactado por las partes de lesiones personales dolosas, dado que la compensación monetaria se efectúa conforme a la declaratoria de responsabilidad que dicte el juez penal en su sentencia, de ahí la urgencia que la misma sea por el delito realmente cometido, para no afectar aún más los derechos que le asisten a la víctima.

Este escenario, se observa repetidamente en la práctica, no sólo con la variación jurídica del tipo penal que es factible realizar al momento de las negociaciones entre las partes, sino que también se evidencia cuando se reconocen circunstancias de menor punibilidad como la ira e intenso dolor, dado que si la víctima acude a la jurisdicción civil para reclamar el pago de los perjuicios ocasionados, según el artículo 2357 del Código Civil, se puede presentar un especial evento de degradación de la responsabilidad como lo es la concurrencia de culpas, donde el sujeto pasivo provocó o desencadenó con su comportamiento la reacción delictiva y por tanto la reparación del daño sufrido a causa de su propio actuar no puede ser plena sino parcial.¹⁸⁴ Situación que si bien queda a discreción del operador judicial aplicar en los casos de negociación y preacuerdos, lo cierto es que estas discusiones se omitirían, si dentro de las sentencias se condena por el delito realmente cometido y sólo para efectos de imponer la pena se tiene en cuenta el ilícito pactado entre las partes.

¹⁸⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencias SP 12.343 (del 14 de diciembre de 1999; CSJ SP Rad. 17.160 del 27 de agosto de 2003 y CSJ SP Rad. 22.634 del 30 de noviembre de 2006). [en línea]. [Consulta: 2021] Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Así las cosas, se considera que si bien con los preacuerdos se está cumpliendo con el respeto de los derechos de las víctimas a la verdad y justicia, por cuanto el responsable del daño está aceptando su responsabilidad a cambio que se le imponga una pena, lo cierto es que el atributo a una reparación justa que le asiste al ofendido se verá soslayado, dado que el delito o las circunstancias de punibilidad por el cual se condena al procesado, serán determinantes al momento de efectuar la reclamación de pago de perjuicios, y que no son las que se atemperan al injusto que realmente se cometió en su contra.

Por lo tanto, se debe propender que en la práctica jurídica las negociaciones satisfagan a todas las partes e intervinientes, sin correr el riesgo de desprestigiar la administración de justicia y vulnerar los derechos de la víctima, quien, entre otros derechos, busca una compensación montaría justa y acorde con el delito que padeció, por ello debe condenarse por el delito que se perpetró.

4.10 LA PENA FRENTE A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Normativamente la pena tiene unas funciones, las cuales se describen en el artículo 4° del Código Penal, que son de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Desde la dogmática la pena tiene como función una prevención especial y una prevención general. La primera se entiende como la *“intimidación individual”*, donde se busca que la pena impuesta al autor del injusto determine su comportamiento futuro, de no cometer nuevos ilícitos.

La prevención general por su parte va dirigida a la comunidad, la cual se subdivide en negativa y positiva, entendiendo que la primera busca *“intimidación general”* donde la sociedad tenga claro que la imposición de la pena es una consecuencia necesaria por lo ocurrido, mientras que la positiva demanda que las personas

reconozcan el ordenamiento jurídico como vinculante y por lo tanto deben comportarse conforme a las normas preestablecidas.¹⁸⁵

Como se precisó anteriormente, de continuar con la práctica de condenar por el delito negociado, y no por el ilícito realmente cometido, está conllevando a que el fin de la pena no se cumpla por cuanto al procesado se le está enviando un mensaje que al cometer un delito, fácilmente puede negociar obteniendo no sólo rebaja de su pena, sino la degradación de su conducta que implica consecuencias jurídicas ya mencionadas, como la caducidad de la querrela, la prescripción y la posibilidad de indemnizar a la víctima lo que genera la extinción de la acción penal, incluso el obtener una pena extremadamente irrisoria. Lo que hará que su comportamiento a futuro no sea el abstenerse de volver a delinquir, sino que por cada acto injusto que desarrolle, tendrá la oportunidad de pre acordar siendo sentenciado por un delito que no se atempera a la realidad o bajo circunstancias de participación o punibilidad que lo van a favorecer.

En esta misma línea se considera que, la prevención general que tiene la pena, se afecta por cuanto la sociedad percibe que, a pesar de cometerse un delito, el implicado es favorecido con la condena de un ilícito que realmente no cometió, desdibujando la imagen que tiene de la normatividad penal y del castigo que representa comportarse fuera de la Ley. Es decir que la comunidad no concebiría a la pena como un castigo ejemplar al cometer un ilícito, atentando la función de prevención general que busca la pena.

Por lo tanto, para mantener latente la función especial y general que tiene la pena en el ordenamiento jurídico colombiano, es importante que los preacuerdos tengan como uno de los fines el de disminuir la pena, sin mutar los hechos y la calificación jurídica producto de ese punible realmente cometido, y como consecuencia se condene por éste.

¹⁸⁵ HORNLE, Tatjana. Teoría de la Pena. [en línea]. Traducción Muñoz Nuria Pastor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015. [Consulta: 11-2020]. p. 26-30. Disponible en <http://biblioteca.americana.edu.co:81/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=60389>

CONCLUSIONES

Indiscutiblemente los preacuerdos y negociaciones, es una figura incorporada en la Ley 906 de 2004 que hoy resulta de gran ayuda y utilidad para el sistema procesal penal y los operadores jurídicos, puesto que se ha evitado que innumerables procesos lleguen a juicio, donde se puede presentar años de litigio desgastando a la administración judicial, pero también se ha ido desnaturalizando por la práctica jurídica como lo hemos advertido a lo largo de éste trabajo.

La propuesta que se ha presentado, ha consistido en que la Fiscalía General de la Nación y el procesado junto a su abogado defensor, preacuerden adecuadamente conforme a la Ley y la jurisprudencia preexistente, esto es, únicamente por el delito cometido, independientemente de la rebaja que se vaya a proporcionar, y así mismo, el juez debe condenar sólo y exclusivamente por la conducta perpetrada por el sujeto activo.

Esta noción no se venía presentando hasta antes de la sentencia 52227 del 24 de junio de 2020, ya que el operador jurídico estaba condenando por el delito negociado entre las partes, lo que atentaba contra principios constitucionales y legales como la tipicidad, legalidad, congruencia y unidad de jurisdicción, lo que conlleva lógicamente a una afrenta al debido proceso penal sin dejar de lado la vulneración de derechos a las víctimas.

Es por lo anterior, que se hacía imperante adoptar esta práctica jurídica como única en el ordenamiento colombiano, en lo que respecta al sistema consensuado, ya que cuando existe una negociación entre las partes se debe declarar penalmente responsable por el punible que realmente perpetró y otorgar la rebaja en su pena de conformidad con lo acordado por las partes.

Se podría pensar que con esta postura se estaría afectando los derechos del procesado, quien resulta ser la parte más vulnerable frente al Estado, pero no es así, puesto que éste por lo general busca la disminución ostensible de la pena, con lo que estamos de acuerdo y por esto, no se desnaturaliza esa justicia premial y consensuada que hace parte del sistema penal acusatorio y que otorga la facultad de negociar entre otros, la pena, pudiendo terminar el proceso de manera ágil, anticipadamente y como consecuencia del dialogo o pacto entre iguales.

El criterio que se ha venido aplicando por parte de algunos operadores judiciales hasta el momento y el abordado en esta tesis ofrecen al caso concreto idéntico resultado punitivo, esto es, al procesado se le va a conceder la rebaja negociada, pero debe ser condenado por el delito que cometió, lo que en ningún momento vulnera algún derecho o garantía fundamental del encartado ni al proceso mismo, puesto que al responsable se le sentencia por el delito ejecutado y a la víctima se le garantiza como ya se abordó, la verdad, la justicia y la reparación.

Cuando se termina el proceso penal producto de una negociación entre el ente acusador y el procesado con una sentencia condenatoria por el delito que realmente que se cometió, se respeta todos y cada uno de los derechos constitucionales y legales de las partes e intervinientes del proceso penal, y se atempera con los principios obrantes en el proceso, sin que exista ningún tipo de vulneración como se está presentando en la actualidad.

Esta postura de ninguna manera traerá menos casos negociados, puesto que el proceso de preacordar es el mismo, la persona que acepta que cometió un delito se le declarará responsable por el ilícito que perpetró, acorde con la realidad fáctica obrante en el proceso, y se le proporcionará una rebaja indistintamente del delito imputado o de la calidad de autor o partícipe que cometió. Véase con el siguiente ejemplo:

Un ciudadano es investigado por el punible de peculado doloso e inicia negociación con la fiscalía para la reducción de pena, el ente acusador puede pactar con el procesado que la pena a imponer por parte del juez de conocimiento sea la contenida en el tipo penal del abuso de confianza, o degradar la conducta de autor a cómplice, o la modalidad culposa, pero debe quedar claro que el Juez emitirá sentencia por el delito de peculado doloso que fue el que realmente perpetró.

Esto indudablemente no desnaturaliza la figura de los preacuerdos, sino que por el contrario da seguridad jurídica, puesto que a casos similares debe haber igual trato jurídico, ya que la Fiscalía General de la Nación ni el Juez de conocimiento pueden crear tipos penales que no han existido en el mundo fenomenológico, puesto que los hechos deben corresponder a la descripción legal previamente establecida, la cual es una manifestación del tipo penal descrito en la norma.

El implicado en un delito penal cuando inicia negociación con el ente investigador debe tener claro que va a ser condenado por el punible que realmente perpetró y que lo que está acordado es la disminución en su pena, pero la declaración de responsabilidad será por el delito acaecido.

Es importante hacer claridad que cuando se trata de negociación entre el procesado y el delegado del ente acusador no existe el debate probatorio, el cual únicamente se presenta si se arribara a la etapa de juicio, mientras tanto solo se cuenta con elementos materiales probatorios y evidencia física que sirven al Fiscal para sustentar su pedimento de negociación por el delito cometido y la consecuente condena.

Si en algún momento, dentro del proceso de preacuerdo se advierte que el procesado actuó por ejemplo en calidad de cómplice y no de autor o con ira e intenso dolor o con circunstancias de marginalidad, esto por derecho se le debe otorgar y no será parte de la negociación, puesto que esta debe versar en otro sentido.

Al respecto ha dicho la Corte, que no existe norma de carácter constitucional o legal que imponga a la Fiscalía la obligación de probar la contraprestación dada con razón al preacuerdo y la aceptación de cargos, porque sería una exigencia contraria a la lógica misma de la negociación, en tanto, si de verdad aparece plenamente probada la circunstancia que obliga a aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en la negociación como único beneficio sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y del fallo¹⁸⁶.

Es por lo anterior que resulta claro que no se afecta el debido proceso, ni el principio de legalidad cuando se otorga una rebaja de pena generosa, *verbi gracia*, el cambio de autor a cómplice, siempre y cuando el procesado no tenga por derecho esa calidad, lo cual se advierte de los elementos materiales probatorios y evidencia física en poder de la fiscalía, debiendo ser condenado por el delito perpetrado en este ejemplo en calidad cómplice, pero de existir duda por parte del juzgador sobre la existencia del beneficio a reconocer, debe ser en favor del procesado y otorgársele como derecho y no producto de la negociación, según ese mínimo probatorio que hasta el momento se ha exteriorizado.

Para que todo esto se logre, y se acuerde correctamente entre en ente investigador y el procesado y su abogado defensor, debe la Fiscalía General de la Nación cambiar su práctica en la manera de negociar, debiendo entender cómo es la correcta forma de preacordar y para ello creemos que es necesario y fundamental que se capacite constantemente al personal de esta institución y se emita una clara directriz en cuanto a la forma adecuada de acordar, como ya se realizó, por ejemplo con la Directiva 001 del 23 de julio de 2018 por medio de la cual se adoptaron lineamientos generales para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del Código Penal, debiendo orientar a sus

¹⁸⁶ Colombia. Corte Suprema De Justicia. Sentencia STP 5798-2018 Radicación 98.071 (26 de abril de 2008). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

delegados para que no cambien la calificación jurídica al momento de la negociación, atemperándose a la realidad fáctica del proceso, y ofreciendo únicamente la disminución o rebaja de la pena a imponer por el delito dialogado, más la responsabilidad será por el ilícito que en efecto desarrolló.

No hay que perder de vista que, en ejercicio de la potestad constitucional de unidad de gestión y jerarquía, el Fiscal General de la Nación puede y debe emitir directrices a los fiscales delegados en pro de una correcta aplicación del derecho y su práctica y es esto lo que precisamente creemos se hace importante.

Recuérdese que el artículo 348 numeral 2 de la obra procesal penal, obliga al delegado del ente acusador que por facultad de la Ley es el único funcionario que puede celebrar preacuerdos, para que observe las directivas del Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

En cuanto a este tema, la Corte Constitucional también ha explicado que el Fiscal General de la Nación debe orientar y emitir directrices a sus delegados con el fin de unificar ciertos temas, como los preacuerdos, así:

“Lo anterior no obsta para que, en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las actividades de investigación penal, el Fiscal General de la Nación trace políticas generales aplicables a las distintas actividades desarrolladas por los funcionarios de la Fiscalía; tales políticas pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas”¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-873 (30 de septiembre de 2003). M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. p. 77. [en línea]. [Consulta: 23-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-873-03.htm>

Esto implica que el Fiscal General sí puede orientar en términos generales el funcionamiento de la Fiscalía como institución unitaria, orientando y definiendo políticas para el ejercicio de sus delegados, sin incidir claro está sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales. Los lineamientos, pautas y políticas que trace el Fiscal General de la Nación deben ser así, de carácter general, respetando los mandatos constitucionales, que en el caso en concreto debe orientarse notoriamente en la manera como se debe preacordar con el procesado y que finalmente se negocie y se condene por el delito perpetrado.

De igual manera, resultaba trascendental que se consolidara y unificara la línea jurisprudencial respecto a la forma como se debía condenar producto de un preacuerdo y/o negociación, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal como órgano de cierre, debía guiar a los jueces para que en sus providencias se respetaran los principios y derechos ya señalados, cuando al momento de legalizar un preacuerdo y posteriormente se dicte sentencia se imponga la pena pactada, siempre y cuando sea legal y constitucionalmente admisible, y declarando la responsabilidad por el injusto perpetrado.

Se enviaba un mensaje errado y de total inseguridad jurídica cuando la Corte no unificaba sus criterios en cuanto a un mismo tema, como en el presente asunto que había permitido que los delegados del ente acusador negociaran con los procesados delitos que no se habían cometido y consecuentemente los jueces condenaban por injustos diferentes a los realmente perpetrados.

Es importante recordar que la noción de precedente judicial, no es más que ese conjunto de providencias sobre un mismo asunto o caso determinado, que generalmente tienen un mismo problema jurídico a resolver o a estudiar y que los tribunales de cierre están obligados a decidir de la misma manera en pro de esa unificación de criterios, que como lo decíamos anteriormente conllevará a una

seguridad y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares¹⁸⁸.

Tres decisiones uniformes, dadas por la Corte Suprema como órgano de Casación, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores, por lo que resulta de suma importancia unificar jurisprudencia sobre el asunto aquí tratado y que se empiece a respetar y aplicar por parte de los diferentes operadores judiciales.

El juez debe hoy conocer y dar aplicación a los fallos proferidos por la Corte Constitucional en cuanto a esta materia, así como los emitidos por la Corte Suprema de Justicia, cuando han explicado que los hechos desarrollados por el sujeto activo son inmutables y estos deben ser consecuentes con la condena, so pena de infringir principios y garantías constitucionales y legales.

El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, y va ligado no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en la Carta Política colombiana. Asimismo, el precedente, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales y por eso la manera de preacordar debe ser la misma, y la condena por el hecho realmente perpetrado.

Es por lo anterior que resulta claro que con esta postura se respeta los fines contenidos en el artículo 348 de la obra procesal penal que proporcionó a la Fiscalía de todos los instrumentos apropiados para realizar su trabajo como ente

¹⁸⁸ ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. El Precedente Constitucional teoría y praxis, Editorial Ibáñez S.A.S, 2013. Definición citada en la Sentencia T-460 de 2016. 336 p.

investigador y acusador, flexibilizando un poco el derecho procesal penal que a menudo resulta demasiado rígido y en ese sentido deben las partes preacordar adecuadamente donde el único beneficio sea uno, que a menudo resulta la rebaja en la pena a imponer, sin que la Fiscalía pueda crear tipos penales como ya lo explicamos a lo largo de este trabajo, otorgándole la calificación jurídica que corresponde conforme a la Ley penal en clara armonía con el delito que se ha cometido.

La imputación fáctica resulta inmodificable y debe corresponder con el delito cometido y que se encuentra en la Ley penal, pudiendo en ente acusador ofrecer al procesado la aplicación de otro tipo penal relacionado, o eliminar una circunstancia de agravación o algún cargo específico o variar el grado de participación como único beneficio, debiendo el juez condenar por el delito realmente cometido, sin que esto vulnere el principio de legalidad o tipicidad, lo que indudablemente favorece al procesado que obtiene esa compensación por su aceptación de responsabilidad en la comisión del delito perpetrado.

Resulta válido y totalmente aceptable que la Fiscalía general de la nación acuerde con el implicado la pena a imponer, siempre respetando el núcleo fáctico del delito cometido, aspecto que debe vigilar el Juez y condenar como se ha expresado por el delito que se consumó.

El ordenamiento jurídico impide que el ente acusador dentro del trámite de negociación otorgue al procesado una calificación jurídica al delito que se está juzgando que no se ha cometido, debiendo ceñirse a los aspectos fácticos acaecidos, pero al momento de emitir fallo de responsabilidad debe el juez dictarlo por el punible que el procesado efectivamente perpetró, así se respeta los principios contenidos en la Ley penal como el debido proceso, legalidad, tipicidad, entre otros que aquí hemos abordado y consecuentemente se respeta los derechos del procesado y la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. El Precedente Constitucional teoría y praxis, Editorial Ibáñez S.A.S, 2013. Definición citada en la Sentencia T-460 de 2016.

BITTMANN, Folker, Consensual Elements in German Criminal Procedural Law, 15 Ger. L. J. 15 (discussing the consensual element in German law). 2014.

CABALLERO, Antonio. Historia de Colombia y sus oligarquías (1498 - 2017) Capítulo VII Guerras y constituciones (o viceversa). 2017.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Militar, Bogotá, marzo. 2010.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Ramón Gustavo y CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto. Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano, Documento de trabajo, escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá. 2009.

KABUL. Criminal Procedure Code Kabul. Art. 171 1393 (3) (Afg.). 2014.

KONIG, Stefan y HARRENDORF Stefan. Acuerdos negociados y comunicación abierta en Juicios penales: El punto de vista de la defensa, 15 Ger. LJ 65, 77. 2014.

LESCH, Heiko. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia. 2000.

PARADA GARCÍA, Gilberto Enrique. Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837) Un debate historiográfico. 2009.

PEREIRA Puigvert, Sílvia. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. Justicia. Núm. 2. 2015.

SARAY BOTERO, Nelson y URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, Editorial Leyer. 2017.

SCHEMMELE, Alexander; CORELL, Christian y RICHTER Natalie. Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013, 15 Ger. L. J. 43, 53. 1964.

DOCUMENTOS Y PÁGINAS EN INTERNET

Doctrina

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Estructura del proceso penal. Aproximación al proceso penal colombiano. En: R. Uprimny Yepes, ed., Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Rodrigo Lara Bonilla. [en línea]. 2005. [Consulta: 14-08-2019]. Disponible en <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a16/16.pdf>

BERNATE OCHOA, Francisco y SINTURA VARELA, Francisco José. Código Penal de la República de Colombia. Ley 19 de 1890 [en línea]. (19 de octubre de 2019) Bogotá: Editorial Universidad del Rosario [Consulta: 2-12-2020]. Disponible en <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1890.pdf>

ENCICLOPEDIA-JURÍDICA. Regla (o máxima) De la impulsión procesal. [en línea] 2021 [Consulta: 2021] Disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/regla-o-m%C3%A1xima-de-la-impulsi%C3%B3n-procesal/regla-o-m%C3%A1xima-de-la-impulsi%C3%B3n-procesal.htm>.

GALAIN PALERMO Pablo. La negociación en el proceso penal. [en línea]. Revista de Derecho Universidad Católica Del Uruguay. 2006. [Consulta: 07-2020] Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2762563>

- GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. [en línea] Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. (Janeiro a Junho de 2015) Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. 2015 [Consulta: 07-2020] Disponible en https://www.researchgate.net/publication/281229305_BARGANHA_NO_PROCESSO_PENAL_ITALIANO_ANALISE_CRITICA_DO_PATTEGGIAMENTO_E_DAS_ALTERNATIVAS_PROCEDIMENTAIS_NA_JUSTICA_CRIMINAL
- GONZÁLEZ SAN MARTÍN, Felipe Andrés y MARDONES LOYOLA, María José. Análisis doctrinario y jurisprudencial de los procedimientos abreviado y simplificado. Citado por CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Lexis Nexos. 2ª Ed. Santiago [en línea] 2007 [Consulta: 23-11-2020]. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112656/de-gonzalez_f.pdf?sequence=1
- GROVER J. y CORNEJO Y. El plea bargaining. Revista Derecho y Cambio social [en línea] Madrid, Edición 007. [Consulta: 07-2020] Disponible en https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/plea%20bargaining.htm#_ftn1
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. La reforma del proceso penal en España. [en línea]. Universidad de la Sabana Revista Dikaion. Nbr. 14, November. 2005. [Consulta: 2021] Disponible en <http://doctrina.vlex.com.co/vid/reforma-proceso-penal-espana-826181245>
- HORNLE, Tatjana. Teoría de la Pena. [en línea]. Traducción Muñoz Nuria Pastor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015. [Consulta: 11-2020]. Disponible en <http://biblioteca.americana.edu.co:81/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=60389>
- KERSCHER, Martin. Plea Bargaining in South Africa and Germany. [en línea] Stellenbosch Univ. LIB. and Info. SERV. 1, 166-67. 2013 [Consulta: 07--2020] Disponible en http://scholar.sun.ac.za/bitstream/handle/10019.1/80257/kersch_er_plea_2013.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- MALONE, Carlie. Vanderbilt Law Review. [en línea] May Graphs. Base de datos: Academic Search Ultimate. 2020, Vol. 73 Issue 4, Chart, 12. [Consulta: 07-2020] Disponible en <https://vanderbiltlawreview.org/lawreview/category/notes/>

- MANCO LÓPEZ, Yeison. La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano [en línea]. 2012 [Consulta: 2021]. Disponible en http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/9883/1/MancoLopezYeison_2012_VerdadJusticiaProcesoPenal.pdf
- MOLINA LÓPEZ, Ricardo León. La conformidad en el proceso penal (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana). [en línea]. Universidad de Sevilla, Departamento de Penal y Procesal, Tesis Doctoral. 2011. [Consulta: 2021] Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=145233>
- NEZAAMI, Nasiruddin. Designing Trial Avoidance Procedures for Post-Conflict, Civil Law Countries: Is German Absprachen an Appropriate Model for Efficient Criminal Justice in Afghanistan? [en línea]. ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 22, Issue 1. 2015. p. 1-60 [Consulta: 07- 2020] Disponible en <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol22/iss1/1/>
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Reflexiones Sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. [en línea]. En: Revista Chilena de Derecho. mayo. Vol. 46 Issue 2. Fuente Académica Premier. 2019. [Consulta: 08-2020]. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372019000200451
- ORTIZ DE NORIEGA, Juan; ROXIN, Claus; y EIRANOVA ENCINAS, Emilio. Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO. Secciones 160b, 202a y 212. Editorial: Madrid: Marcial Pons. [en línea]. 2000. [Consulta: 2021]. Disponible en <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html>
- RAUXLOH, Regina. Formalization of Plea Bargaining in Germany Will the New Legislation Be Able to Square the Circle? [en línea]. 34 Fordham Int'l. L. Rev. 296, 310. 2012 [Consulta: 2021] Disponible en <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss2/5/>
- RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. [en línea] Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol. 3, Iss. 3. Editorial Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. 2017. [Consulta: 2021] Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6137648.pdf>

ROBLES SEVILLA, Williams Alexander. El Proceso especial de terminación anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal. [en línea] En: Revista Vox Juris. 2012. Vol. 24 Issue 2. Base de datos: Fuente Académica Premier. [Consulta: 2021] Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171118.pdf>

VELÁZQUEZ, Fernando. El derecho Penal colombiano y la Ley importada [en línea]. (1987). [Consulta: 5-12-2020]. Disponible en <https://www.publicaciones.eafit.edu.co.htm>

Jurisprudencia

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Radicación 11001-03-25-000-2011-00153-00(0502-11) [en línea]. (17 de mayo de 2012). [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004239>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias.

- C-416. (28 de mayo de 2002). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-416-02.htm>
- C-144 (3 de marzo de 2010) M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [en línea]. [Consulta: 14-10-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-144-10.htm>
- C-873. (30 de septiembre de 2003). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [en línea]. [Consulta: 13-10-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-873-03.htm>
- C-1260 (5 de diciembre de 2005). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. P 25 y 26. [en línea]. [Consulta: 12-12-2020] Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm#:~>.
- C-127 M.P. Alejandro Martínez Caballero. [en línea]. (30 de marzo de 1993). [Consulta: 21-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-127-93.htm>
- C-303. (22 de mayo de 2013) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. p. 25. [en línea]. [Consulta: 18-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-303-13.htm>
- C-516 de 2007 (11 de julio de 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño. [en línea]. [Consulta: 20-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-516-07.htm>

- C-591/05. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [en línea]. (9 de junio de 2005). [Consulta: 12-01-2020] Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>
- C-694 (11 de noviembre de 2015). M.P. Alberto Rojas Ríos. [en línea]. [Consulta: 13-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-694-15.htm>
- SU-479. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [en línea]. (15 de octubre de 2019). [Consulta: 12-10-2020]. p. 59 Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>
- T-091 (10 de febrero de 2006). M.P. Jaime Córdoba Triviño. [en línea]. [Consulta: 13-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-091-06.htm>
- T-966 (23 de noviembre de 2006). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. p. 38. [en línea]. [Consulta: 16-12-2020]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-966-06.htm>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Aclaración de voto a la sentencia de Casación 5227 del 24 de junio de 2020. M.P: Eugenio Fernández Carlier. p. 92. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020\(52227\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020(52227).pdf)
- AP7233-2014, Radicado 44.906 (26 de noviembre de 2014). M.P: Gustavo Enrique Malo Fernández. [en línea]. [Consulta: 18-12-2020]. Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2014/AP7233-2014\(44906\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2014/AP7233-2014(44906).doc)
- Providencia AP Radicación 31.466 (31 de marzo de 2009). M.P: Alfredo Gómez Quintero. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Providencia AP Radicado 34.829 (27 de abril de 2011). 2011. M.P: José Luis Barceló Camacho. p. 22 [en línea]. [Consulta: 19-12-2020] Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/OBLIGACION%20DE%20REINTEGRO%20DE%20LO%20APROPIADO/34829\(27-04-11\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/OBLIGACION%20DE%20REINTEGRO%20DE%20LO%20APROPIADO/34829(27-04-11).doc)
- Radicación 39886 (16 de octubre de 2013). Salvamento de voto del M.P: Eugenio Fernández Carlier. p. 51. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886\(16-10-13\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886(16-10-13).doc)
- Radicación 45736 (24 de febrero de 2019). Salvamento de voto del M.P: Eugenio Fernández Carlier. p. 37. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886\(16-10-13\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2013/39886(16-10-13).doc)

- Radicado 24.817 (22 de junio de 2006). M.P: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. [en línea]. [Consulta: 21-12-2020]. Disponible en https://xperta.legis.co/visor/temp_jurcol_17da8281-401f-4d18-8f93-35224dcd4e70
- Sentencia radicación 21954 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. [en línea]. (23 de agosto de 2005) [Consulta: 5-12-2020] Disponible en [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kEeFt2QLy2kJ:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%2520DE%2520CARGOS%2520Y%2520PREACUERDOS/ACEPTACION%2520MODALIDAD%2520DE%2520PREACUERDO/21954\(23-08-05\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kEeFt2QLy2kJ:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%2520DE%2520CARGOS%2520Y%2520PREACUERDOS/ACEPTACION%2520MODALIDAD%2520DE%2520PREACUERDO/21954(23-08-05).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)
- Sentencia Radicación 25306 (8 de abril 2008). M.P: Yesid Ramírez Bastidas. [en línea]. [Consulta: 6-12-2020] Disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/ACEPTACION%20MODALIDAD%20DE%20PREACUERDO/21347\(14-12-05\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/ACEPTACION%20MODALIDAD%20DE%20PREACUERDO/21347(14-12-05).doc)
- Sentencia Radicación 26309. (25 de abril de 2007). M.P: Yesid Ramírez Bastidas. [en línea] [Consulta: 22 de diciembre de 2020]. Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencia radicación 52227. M.P: Patricia Salazar Cuellar. [en línea]. (24 junio de 2020). [Consulta: 5-12-2020] Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/07/SP2073-2020.pdf>
- Sentencia radicado 51833. M.P: José Luis Barceló Camacho. [en línea]. (28 de febrero de 2018) [Consulta: 11-12-2020]. Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/SP436-201851833.pdf>
- Sentencia SP8666. (14 de junio de 2017). M.P: Patricia Salazar Cuéllar. [en línea]. [Consulta: 5-12-2020] Disponible en [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j3EfuMnBfR8J:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2jul2017/SP8666-2017\(47630\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j3EfuMnBfR8J:https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2jul2017/SP8666-2017(47630).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)
- Sentencia STP 5798-2018 Radicación 98.071 (26 de abril de 2008). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa. [Consulta: 22-12-2020]. [en línea]. Disponible en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencias SP 12.343 (del 14 de diciembre de 1999; CSJ SP Rad. 17.160 del 27 de agosto de 2003 y CSJ SP Rad. 22.634 del 30 de noviembre de 2006). [en línea]. [Consulta: 2021] Disponibles en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencias SP. (23 de mayo de 2012, rad. 35.256; 13 de abril de 2011, rad. 35.964, 13 de mayo de 2009, rad. 31.424 y 23 de noviembre de 2016, rad. 45.466). [en línea]. [Consulta: 2021] Disponibles en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

- SP 17024-2016. Rad. 44562 (23 de noviembre de 2016). Salvamento de voto de la M.P: Patricia Salazar Cuellar. [en línea]. [Consulta: 22-12-2020]. Disponible en <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/663861057>
- SP16816-2014 Radicado 43.959 (10 de diciembre de 2014). M.P: José Luis Barceló Camacho. [en línea]. [Consulta: 20-12-2020] Disponible en [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3b6HXVoE3EUJ:www.cort.esuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ene2015/SP16816-2014\(43959\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3b6HXVoE3EUJ:www.cort.esuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ene2015/SP16816-2014(43959).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)

ESTADOS UNIDOS. Comisión de Sentencias. [en línea]. (s.f.). [Consulta: 30-09-2020]. Disponible en <https://www.ussc.gov/>

ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo. Santobello contra Nueva York. 1971. No. 70-98. M.P. Warren E. Burger. Disputado: 15 de noviembre de 1971 Decidido: 20 de diciembre de 1971. [en línea]. [Consulta: 27-08-2020]. Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/404/257.html>

Normativa

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política [en línea]. (1886) [Consulta: 30-11- 2020]. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

- Acto Legislativo 03 de 2002. [en línea]. (19 de diciembre de 2002). [Consulta: 26-08-2020] Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>
- Código Penal de la República de Colombia. [en línea]. (1890). [Consulta: 01-12-2020]. Disponible en <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1890.pdf>
- Decreto 2700 de 1991. [en línea]. (noviembre 30 de 1991). [Consulta: 10-12-2020] Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206>
- Decreto 409 de 1971. [en línea]. (marzo 27 de 1971). [Consulta: 05-12-2020] Disponible en https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_0409_1971.htm
- Ley 112. Código Penal de 1873 o Código Penal de los Estados Unidos de Colombia. [en línea]. (26 de junio de 1873). [Consulta: 30-11-2020]

Disponible en <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1873.pdf>

- Ley 27 de 1837. [en línea]. (1837). [Consulta: 30-11-2020] Disponible en https://cedpal.uni-goettingen.de/data/documentacion/nuevo_foro_penal/NFP38.pdf
- Ley 600. Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. [en línea]. (24 de julio de 2000). [Consulta: 26-08-2020]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html
- Ley 906. Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. [en línea]. (31 de agosto de 2004). [Consulta: 24-06-2020]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley 95. [en línea]. (24 de abril de 1936). [Consulta: 2-12-2020]. Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

- Decreto 1345. Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [en línea]. (4 de agosto de 1970). [Consulta: 02-12-2020]. Disponible en https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_1345_1970.htm
- Decreto 409. [en línea]. (1971). [Consulta: 02-12-2020] Disponible en https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_0409_1971.htm

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Manual de Justicia Federal, en el título 9°. Apartado 9-27. 420. [en línea]. (s.f.). [Consulta: 29-10-2020] Disponible en <https://www.usa.gov/espanol/agencias-federales/departamento-de-justicia>

ITALIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto N° 447. Código de procedimiento penal [en línea]. (22 de septiembre de 1988, y entró en vigor el 24 de octubre de 1989). [Consulta: 25-11-2020]. Disponible en <https://elderecho.com/el-sistema-procesal-penal-italiano>

PERÚ. CONGRESO. Decreto Legislativo 957. Promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio de 2004. Código Procesal Penal. [en línea]. (29 de julio de 2004). [Consulta: 30-11-2020]. Disponible en <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/>

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

- Código Penal de la República de Colombia.
- Ley 19 de 1890.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- AP, 14 de agosto de 2013, rad. 41375
- AP, 15 de julio de 2008, rad. 29994
- AP, 16 de octubre de 2013, rad. 39886
- SP, 19 de junio de 2013, rad. 37951
- SP, 21 de marzo de 2012, rad. 38256

ESPAÑA. REY DE ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal 2015.