

**ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA
INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN EL SISTEMA DE
PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES.**

**AUTOR:
JUAN DAVID PALACIO VÁSQUEZ**

**Tesis de grado presentada para optar al título de Magister en Derecho
Penal**

**ASESOR:
DR. ALFONSO CADAVID QUINTERO**

**MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
2018**

Profundo agradecimiento y una sentida
dedicatoria del presente esfuerzo
académico...

A Carolina María, la mujer que a mi lado tejió
en su diario quehacer, muchas de las ideas
que aquí se plasman y aguardó ansiosamente
durante todos estos años, mi resolución y tino
para sacar adelante este proyecto...

A mi padre, José Miguel, por su apoyo y quien
también alentó con ansiedad, mi deseo por
cumplir este anhelo...

A mi madre, Stella María, quien siempre ha
estado allí, dispuesta a complacer a su
demandante hijo, orgullosa de todos y cada
uno de mis triunfos...

A mi amigo y compañero de lides académicas
y profesionales, René Molina, quien me invitó
a trasegar el arduo camino para optar al título
de Magister en la Universidad Eafit y confió en
las capacidades laborales que me permitieron
adquirir los conocimientos y la madurez para
cosechar este logro...

Por último y especialmente, al Dr. Alfonso
Cadavid, sin cuya ayuda, esmero y dedicación
en la labor docente, no hubiera sido posible
alcanzar esta meta, pero sobre todo por su
paciencia y perseverancia en mí...

Con sentimiento y afecto, Juan David.

ÍNDICE

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN.....	8
2. CONTEXTO HISTÓRICO.....	9
3. DESARROLLO TEÓRICO.....	27
3.1. MARCO LEGAL.....	27
3.1.1. FINES INHERENTES AL SISTEMA DE PREACUERDOS O NEGOCIACIONES.....	27
3.1.2. MODALIDADES DE NEGOCIACIÓN.....	28
3.1.2.1. MODIFICACIÓN FAVORABLE DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA.....	28
3.1.2.2. MODIFICACIÓN FAVORABLE DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA, DEDUCCIÓN DE LA PENA Y OTRAS CONSECUENCIAS DEL INJUSTO.....	30
3.1.2.3. REBAJA DE PENA SEGÚN EL ÁMBITO PROCESAL.....	39
3.1.2.3.1. SEDE DE IMPUTACIÓN.....	39
3.1.2.3.2. SEDE DE CONOCIMIENTO.....	42
3.1.2.3.3. INTERREGNO ENTRE IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN.....	44
3.1.2.3.4. SEDE DEL JUICIO ORAL.....	46
3.1.2.3.4.1. DECLARACIÓN INICIAL DE INOCENCIA O CULPABILIDAD.....	46
3.1.2.3.4.2. PREACUERDO EN SEDE DEL DEBATE PROBATORIO.....	47
3.1.2.3.4.3. MANIFESTACIONES PRE-ACORDADAS.....	48
3.1.3. EXIGENCIAS, LÍMITES Y PROHIBICIONES.....	50

3.1.3.1.	RESARCIMIENTO EN ILÍCITOS QUE IMPLIQUEN INCREMENTO PATRIMONIAL.....	50
3.1.3.2.	SINGULARIDAD DEL BENEFICIO PUNITIVO.....	52
3.1.3.3.	ADICIÓN DE CARGOS.....	52
3.1.3.4.	OBSERVANCIA DE GARANTÍAS Y DERECHOS.....	54
3.1.3.5.	RETRACTACIÓN.....	56
3.1.3.6.	MÍNIMO INFERENCIAL DE TIPICIDAD Y AUTORÍA O PARTICIPACIÓN.....	58
3.1.4.	REGLAS COMUNES.....	59
3.1.4.1.	ENCAUSAMIENTO ABREVIADO, AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA.....	59
3.1.4.2.	ACEPTACIÓN PARCIAL DE CARGOS.....	61
3.1.4.3.	DISCREPANCIAS ENTRE DEFENSA Y ACUSADO.....	63
3.1.5.	REFERENTES LEGISLATIVOS RELEVANTES.....	63
3.1.5.1.	LEY 890 DE 2004, ARTÍCULO 3.....	64
3.1.5.2.	LEY 1098 DE 2006, ARTÍCULOS 157 Y 199, NUMERAL 7.....	65
3.1.5.3.	LEY 1453 DE 2011, ARTÍCULO 57, PARÁGRAFO.....	68
3.1.5.4.	LEYES 1121 DE 2006, ARTÍCULO 26 Y LEY 599 DE 2000, ARTÍCULO 68A.....	69
3.1.5.5.	LEY 1761 DE 2015, ARTÍCULO 5.....	71
3.1.5.6.	LEY 1826 DE 2017, ARTÍCULO 25.....	72
3.2.	EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	73
3.2.1.	CRITERIO DE UN CONTROL JUDICIAL MÍNIMO.....	73
3.2.2.	CRITERIO DE UN CONTROL JUDICIAL AMPLIO.....	80

3.2.2.1.	EL CONTROL MATERIAL DESDE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.....	84
3.2.2.1.1.	LÍNEA DE DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA, EN SEDE DE TUTELA.....	86
3.2.2.1.2.	CUESTIONAMIENTO AL CONTROL JUDICIAL EN SUPUESTOS DE FLAGRANCIA.....	87
3.2.2.2.	MÁXIMA IURA NOVIT CURIA.....	88
3.2.2.3.	EL CONTROL MATERIAL DESDE LA DECISIÓN 29979 DE 2008 –CSJ-.....	90
3.2.2.3.1.	ALUSIÓN A LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL –DECISIÓN 29979 DE 2008-.....	92
3.2.2.3.2.	CUESTIONAMIENTOS, AMBIVALENCIA EN LA POSTURA DE LA CORTE –DECISIÓN 29979 DE 2008-.....	94
3.2.3.	CRITERIO DE UN CONTROL JUDICIAL MODERADO.....	98
3.2.4.	COMPENDIO DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	104
3.3.	APORTE DEL AUTOR.....	106
3.3.1.	PANORAMA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE.....	106
3.3.2.	DISCRECIONALIDAD DE LA FISCALÍA VS. CONTROL JUDICIAL.....	106
3.3.2.1.	LA FISCALÍA, OBSERVANCIA DE SUS DEBERES.....	107
3.3.2.2.	CONTEXTUALIZACIÓN DOGMÁTICA.....	109
3.3.2.3.	CONTROL JUDICIAL.....	111
3.3.2.3.1.	PRESUPUESTOS DEL CONTROL DE LEGALIDAD.....	111
3.3.2.3.1.1.	COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL.....	111
3.3.2.3.1.2.	MÍNIMO INFERENCIAL.....	111

3.3.2.3.1.3.	OBSERVANCIA DE GARANTÍAS Y DERECHOS.....	114
3.3.2.3.2.	EXAMEN DE LEGALIDAD.....	115
3.3.2.3.2.1.	CONCEPTO DE RAZONABILIDAD.....	115
3.3.2.3.2.1.1.	DISCRECIONALIDAD DE LA FUNCIÓN ACUSADORA VS. RESPALDO PROBATORIO DE LOS PREACUERDOS.....	116
3.3.2.3.2.1.2.	PREMISAS DE RAZONABILIDAD.....	117
3.3.2.3.2.1.3.	CARENTE RESPALDO FÁCTICO DEL PREACUERDO.....	119
3.3.2.3.2.2.	MODALIDADES DE CONTRAPRESTACIÓN.....	122
3.3.2.3.2.2.1.	REBAJA DE PENA.....	122
3.3.2.3.2.2.2.	CONDICIÓN MÁS BENÉFICA.....	123
3.3.2.3.2.2.3.	DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	123
3.3.2.3.2.2.4.	DETERMINACIÓN DE SUSTITUTOS PENALES.....	124
3.3.2.3.2.2.5.	RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD.....	125
3.3.2.3.2.2.6.	MECANISMOS POST-DELICTIVOS.....	125
3.3.2.3.2.2.7.	MANIFESTACIONES PRE-ACORDADAS.....	126
3.3.2.3.2.3.	INCIDENCIAS EN PERSPECTIVA DE RAZONABILIDAD.....	126
i)	Rebaja de pena.....	126
ii)	Deducción favorable de cargos.....	128
•	Prescindir de un cargo específico, de una o varias agravantes deducidas.....	129

•	Deducción de una atemperante punitiva que no fuera incluida en la imputación o acusación.....	130
iii)	Readecuación típica, a través de la deducción de un cargo diferente al inicialmente contemplado.....	131
3.3.2.3.2.4.	COMPENDIO DE INCIDENCIAS EN SEDE DE RAZONABILIDAD.....	132
3.3.2.3.3.	CONSECUENCIAS DE LA APROBACIÓN O IMPROBACIÓN DEL PREACUERDO.....	133
3.3.2.3.3.1.	CONTRADICCIÓN DE LA DECISIÓN.....	133
3.3.2.3.3.2.	DECISIÓN DE MÉRITO.....	136
3.3.2.3.3.2.1.	DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD Y DETERMINACIÓN DE SUSTITUTOS PENALES.....	137
3.3.2.3.3.2.2.	CONTRADICCIÓN RESPECTO DE LA DECISIÓN DE MÉRITO.....	138
3.3.2.3.3.2.3.	DECLARATORIA DE NULIDAD.....	139
3.3.2.3.3.2.4.	DECLARATORIA DE ABSOLUCIÓN.....	140
4.	BIBLIOGRAFÍA.....	142

1. INTRODUCCIÓN.

Propende la presente elaboración académica por establecer los límites que ha de observar la fiscalía en la estructuración de la pretensión punitiva estatal, a partir de los controles que en virtud del principio de legalidad y en el marco de la justicia consensuada atañen en Colombia al juez de conocimiento, pese a la naturaleza dispositiva del sistema penal acusatorio, y en apego de las dinámicas propias del Estado constitucional y las estructuras inherentes a la dogmática jurídico penal.

A tal efecto, se dará cuenta del decurso histórico en que logra asidero en la dinámica procesal penal colombiana la estructuración de figuras tendientes a la terminación anticipada del proceso penal por aceptación de cargos, a la par que se establecerá la transición del sistema mixto inquisitivo hacia la actualidad procedimental de vertiente acusatoria y que da cabida al vigente esquema de preacuerdos y negociaciones en el sistema acusatorio penal.

En igual medida, se estudiará el trasegar jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a propósito del sistema de preacuerdos y negociaciones, con particular atención al control de legalidad a cargo del juez de conocimiento, respecto de esta clase de transacciones por parte de fiscalía y defensa.

Ante el extravío que deriva de las ambiguas posturas asumidas por la Corte Suprema de Justicia, en punto de la aprobación o rechazo de preacuerdos o negociaciones, por vía del control de legalidad ejercido por el juez de conocimiento, se hace preciso establecer cuáles son los límites que en su facultad discrecional radican en la Fiscalía General de la Nación, a propósito de la confección de esta variable de justicia consensuada, para lo cual resulta necesario acudir a nuevos criterios de delimitación.

Dados los vacíos que emanan del precedente jurisprudencial en la materia y las inconsistencias derivadas de los diferentes criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, este trabajo pretende constituir un aporte a la doctrina nacional.

Igualmente, se espera depurar los actos procesales relativos a la estructuración y control de preacuerdos y negociaciones al interior de la actuación penal, factor que redundaría en la observancia de las garantías fundamentales que atañen a las partes o intervinientes y en una mayor eficiencia del andamiaje procedimental, bajo el amparo de la normatividad vigente y según la actualidad jurisprudencial, a diciembre de 2017.

2. CONTEXTO HISTÓRICO.

El proceso penal con tendencia acusatoria refulge con notoria incidencia en el sistema de preacuerdos y negociaciones, y aunque la terminación abreviada en el proceso penal colombiano se remonta a los antecedentes procesales de corte mixto inquisitivo en las dos décadas anteriores, no obstante, resulta ser una experiencia ciertamente novel en relación con la consolidación de esta clase de dinámicas procesales en el derecho comparado¹.

Es así que la implementación de figuras auto-compositivas logra rastrearse en los años 80, bajo legislaciones de emergencia; se trató de una década de ostensibles connotaciones, particularmente, a raíz de la declaración de estado de sitio por perturbación del orden público, asociada al fenómeno del narcotráfico.

Empero, podría rastrearse como referente anterior, la adecuación de las leyes sustancial y procesal penal a los rigores de aquel entonces, desde la presidencia de Julio César Turbay Ayala, quien, en uso de las facultades extraordinarias que le fueran conferidas mediante las Leyes 5ª y 6ª de 1979, respectivamente, expidió el Decreto 100 de 1980, Código Penal cuyo anteproyecto, confeccionado por el Ministerio de Justicia, databa del año 1974², y el Decreto 181 de 1981, Código de Procedimiento Penal³.

Dicha legislación procesal penal, derogó el régimen procedimental anterior, Decreto 409 que se remontaba al año 1971 y establecía la confesión, como causal de terminación anormal del proceso, en su acepción de acto simple:

*“Artículo 217. **Confesión simple.** Confesión simple es la declaración del procesado en la que reconoce el hecho que se le imputa y la propia responsabilidad siempre que reúna las condiciones siguientes:*

1. Que sea hecha ante el funcionario competente.

¹ Cfr. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal. Santa Fe de Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, 52 p.

² Cfr. Antecedentes Código Penal, Decreto 100 de 1980. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996, 11 a 14 p.

³ Cfr. Antecedentes Código de Procedimiento Penal, Decreto 181 de 1981. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1795510> [Consulta 20 de enero de 2018].

2. Que el procesado haya sido informado de los derechos de nombrar defensor, a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo.
3. Que se haga consciente y voluntariamente.
4. Que no se haya obtenido mediante violencia, fraude o promesa de cualquier índole.”.

Además, se consagró como variable la confesión calificada, a manera de aceptación de cargos bajo alguna cierta concesión:

*“Artículo 218. **Confesión calificada.** La confesión calificada es la declaración del procesado en la que reconoce el hecho que se le imputa, manifestando a la vez que obró conforme a una causal de justificación, o inculpabilidad; o en alguna otra circunstancia que modifica su participación o que específicamente atenúa la penalidad. Esta declaración debe reunir las mismas condiciones previstas en el artículo anterior.”.*

Igualmente, se consagraba la confesión extraprocesal, aunque con un valor indiciario –*art. 220 ib.-*, mas, sólo era la confesión simple, la que determinaba la terminación anticipada del proceso, bajo un procedimiento abreviado aplicable en la misma medida a figuras como la flagrancia y cuasiflagrancia, además de un catálogo específico de delitos, susceptibles de este tratamiento –*art. 449 ib.-*.

Ahora bien, la vigencia del aludido referente legislativo, tan sólo tendría lugar un año después de su expedición el 29 de enero de 1981, sin embargo, el 11 de enero de 1982, mediante la Ley 2ª de ese año, se restableció la codificación procedimental anterior, Decreto 409 de 1971 y se derogó el Decreto 181⁴; además, mediante la Ley 2ª de 1984⁵, el Congreso de la República introdujo una serie de transformaciones en la función jurisdiccional del Estado, si bien, con algunos tintes de abreviación del procedimiento, empero, aún no estableció como tal un parámetro de terminación anticipada del proceso penal por aceptación de cargos, pues dicho marco de depuración o de culminación expedita de la actuación, estuvo más dirigido, a conjurar esa degradación del orden público para la época que se presentaba, con las obvias implicaciones que, en perspectiva inquisitorial, lograban derivarse de este proceder.

⁴ Cfr. Ley 2ª de 1982. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1557168> [Consulta 20 de enero de 2018].

⁵ Cfr. Ley 2ª de 1984. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1557186> [Consulta 20 de enero de 2018].

Se confirieron pues, competencias sumariales en la Policía Nacional, se incursionó en la justicia especializada, a propósito de la línea de delincuencias que hoy caracterizan dicho ámbito jurisdiccional y se estableció una serie de pautas tendientes a depurar las etapas del procedimiento, en pro de una expedita administración de justicia.

Con este panorama jurisdiccional, sobrevino la declaratoria de perturbación del orden público y estado de sitio en todo el territorio nacional, mediante el Decreto 1038 de 1984⁶; además, se promulgó la Ley 52 del mismo año⁷, por la cual se confirieron facultades al Presidente de la República, Belisario Betancur Cuartas, con el fin de expedir un nuevo estatuto procesal penal; lo que tuvo lugar a través del Decreto 0050 de 1987 que derogó la legislación procedimental anterior, Ley 2ª de 1982 y Decreto 409 de 1971⁸.

Aun cuando dicho escenario supuso una transición de la política criminal del Estado hacia un sistema procesal mixto inquisitivo, al introducirse parámetros de corte acusatorio, tales como las alegaciones de las partes y la asignación a los jueces de instrucción criminal de la función de acusar; no lograba obtenerse ningún parámetro de terminación anormal del proceso por aceptación de cargos; aunque se preservó la regulación inherente al encausamiento abreviado de la actuación, en casos de confesión simple y de flagrancia⁹.

La regulación en torno de la confesión como causal de terminación anormal del proceso, observó en rasgos generales la consagración del fallido Decreto 181 de 1981, a propósito de la confesión simple, calificada y extraprocesal¹⁰.

Por lo demás, en el aludido Decreto 0050 de 1987 se enfatizó en la línea de criminalización correspondiente a ese entorno de acentuada alteración del orden público; a la par que, como referentes complementarios de la legislación de emergencia, se emitieron los Decretos de estado de sitio,

⁶ Cfr. Decreto 1038 de 1984. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos_dll/Decretos/1860581?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos_dll/Decretos/1860581?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0) [Consulta 20 de enero de 2018].

⁷ Cfr. Ley 52 de 1984. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1606354> [Consulta 20 de enero de 2018].

⁸ Cfr. Decreto 0050 de 1987. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1700897> [Consulta 20 de enero de 2018].

⁹ Op. Cit., Artículo 474.

¹⁰ Op. Cit., Artículos 296 a 298.

180¹¹ y 474¹² de 1988, a través de los cuales se implementó la denominada jurisdicción especial de orden público, en la que confluyó la justicia especializada instituida desde la Ley 2ª de 1984, a la cual se asignó el conocimiento de un catálogo de delitos.

A propósito de la consagración de causales de terminación anormal del proceso penal, como la colaboración eficaz, constitutiva no sólo rebaja de pena, sino, asimismo, de exención de pena, se estableció en el Decreto 180 de 1988, artículo 37: *“ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD POR COLABORACIÓN EFICAZ. Quien habiendo participado como autor, cómplice o auxiliador en la comisión de los delitos referidos en el presente Decreto, colabore eficazmente con las autoridades al esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, se les reducirá la pena correspondiente hasta en las dos terceras partes. Si la colaboración fuere totalmente eficaz, el juez podrá ordenar la extinción de la acción penal o el perdón judicial.”*. Tal regulación, fue modificada por el Decreto de estado de sitio, 2490 de 1988, artículo 6, que le dio a la colaboración el efecto de eximente de punibilidad, bajo la misma exigencia de que fuera eficaz¹³.

Posteriormente, ya en la presidencia de César Gaviria Trujillo, se expidió el Estatuto para la Defensa de la Justicia, mediante Decreto 2790 de 1990¹⁴. En él se reafirmó la jurisdicción de orden público, con esa marcada influencia de la depuración del sistema de enjuiciamiento, en punto a una expedita y eficiente administración de justicia¹⁵.

Ahora, todo ese marco inherente al estado de excepción, reflejado en el Estatuto para la Defensa de la Justicia, con vigencia a partir de enero de 1991, apenas pudo sostenerse, pues, ante la frágil legitimidad institucional, desde diciembre de 1990, se integró una Asamblea Nacional Constituyente. Paradójicamente, la carencia de asidero legal de la denominada *‘séptima papeleta’*, llevó a refrendar la reforma constitucional mediante las elecciones presidenciales, por vía del régimen de excepción, lo que produjo que a

¹¹ Cfr. Decreto 180 de 1988. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1040981> [Consulta 20 de enero de 2018].

¹² Cfr. Decreto 474 de 1988. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1104348> [Consulta 20 de enero de 2018].

¹³ Cfr. Decreto 2490 de 1988. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1455930> [Consulta 20 de enero de 2018].

¹⁴ Cfr. Decreto 2790 de 1990. Disponible en: <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1490814> [Consulta 20 de enero de 2018].

¹⁵ Cfr. GÓMEZ MARÍN, Mario León. Estatuto para la defensa de la justicia y normas complementarias. Medellín: Señal Editora, 1991, prefacio.

escasos meses de la expedición del Estatuto para la Defensa de la Justicia, se promulgara la Constitución Política de Colombia de 1991¹⁶, la cual implicó un profundo cambio, con obvia incidencia en la política criminal del Estado y de contera, en la concepción del procedimiento penal.

De manera paralela a la refundación del esquema constitucional, mediante el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 se promulgó un nuevo Código de Procedimiento Penal que supuso un proceso de depuración hacia el sistema mixto inquisitivo en el que la Fiscalía General de la Nación, como naciente institución en la estructura constitucional del Estado, jugó un papel trascendental en la renovación del proceso penal, en detrimento de la función instructiva del juez.

Fue allí que se introdujo entonces, la denominada audiencia especial, a manera de justicia negociada, similar a la que se promueve en el actual esquema de corte acusatorio, así como la figura de la sentencia anticipada por aceptación unilateral de cargos:

“Artículo 37. Terminación anticipada del proceso. A iniciativa del fiscal o del sindicado, el juez podrá disponer en cualquier momento, desde que se haya proferido resolución de apertura de la investigación y antes de que se fije fecha para audiencia pública, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia especial en la que deberá intervenir el Ministerio Público. En ésta, el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. Si el fiscal y el sindicado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible así lo declararán ante el juez, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia. El juez deberá explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad. El sindicado puede condicionar el acuerdo a que se le otorgue la condena de ejecución condicional, cuando ello sea procedente de acuerdo con las disposiciones del Código Penal. El juez dispondrá en desarrollo de la audiencia inmediatamente sobre la libertad del sindicado y tendrá cinco días hábiles para dictar sentencia.

¹⁶ Cfr. GRANDA MARÍN, Alberto. Asamblea Nacional Constituyente y Constitución Política de 1991. [en línea]. Medellín: Revista Pensamiento Humanista N° 2. Universidad Pontificia Bolivariana, 1994. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/PensamientoHumanista/article/view/433>. [Consulta 23 de diciembre de 2017].

Si el juez considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios. El acuerdo entre el sindicato y el fiscal es inoponible a la parte civil. La sentencia aprobatoria del acuerdo sólo podrá ser recurrida por el ministerio público. El auto que lo niega es apelable en el efecto diferido por el sindicato, el fiscal o el ministerio público.

El sindicato que se acoja a la terminación anticipada del proceso, durante la etapa de la investigación, recibirá un beneficio de rebaja de pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que se reciba por confesión.

Cuando no se llegue a un acuerdo, o éste no sea aprobado por el juez, el fiscal que dirigía la investigación y el juez que participó en la audiencia deberán ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia. En este caso, cualquier declaración hecha por el sindicato se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.”¹⁷.

Se discutió en aquel contexto procesal, acerca de la posibilidad de injerencia de la fiscalía y la misma defensa, en la confección de este tipo de pautas de negociación, bajo la férrea concepción que la aceptación de cargos implicaba una autónoma decisión del sindicato, con la obvia ponderación que suponían las ofertas inherentes a este tipo de asunción de responsabilidad, en perspectiva de rebaja de pena, aún de concesión de sustitutos penales, en lo que a la intervención de todos aquellos sujetos procesales ajenos a la esfera misma del aceptante se refiere.

Además, se estableció un claro control de legalidad en cabeza de la jurisdicción, en punto a resolver la solicitud de terminación anticipada, examinar el acuerdo presentado y garantizar al sindicato la comprensión de los alcances y consecuencias del mismo, de cara a la responsabilidad asumida y limitación de su prerrogativa de defensa y contradicción.

Fue controversial el ejercicio de control jurisdiccional en el trámite de audiencia especial o aceptación de cargos. Se destacaron como falencias de este tipo de encausamiento abreviado del proceso penal, la asunción de responsabilidad sin suficiente soporte probatorio, en orden al examen de legalidad a cargo del juez, así como las dificultades para la fiscalía de consolidar su labor instructiva,

¹⁷ Tomado de: CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión. Sentencia 10 de mayo de 2007. Rdo. N° T-356/07. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

a través de la recaudación probatoria, o para el juez, de escrutar dicho recaudo, en aquellos eventos en que fracasara una negociación¹⁸.

De ahí que fuera relevante el aporte jurisprudencial de la época, que estableció la procedente aplicación de las rebajas de pena en este tipo de negociaciones, en relación con los beneficios punitivos o particularidades derivadas de otras figuras procesales como la confesión o la flagrancia, ya que era ostensible la confusión que generaba la regulación legal, así establecida en el Decreto 2700, artículo 37; sin embargo, mediante la Ley 81 de 1993, se modificó la aludida normativa y se adicionaron los artículos 37A y 37B; así:

*“Artículo 37. **SENTENCIA ANTICIPADA.** Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada.*

Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días.

Los cargos formulados por el Fiscal y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.

Las diligencias se remitirán al Juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales.

El Juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de 1/3 parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una sexta (1/6) parte de la pena.

*Artículo 37A. **AUDIENCIA ESPECIAL.** A partir de la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y hasta antes de*

¹⁸ Cfr. Op. Cit. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal. 55 y 56 p.

que se cierre la investigación, el fiscal, de oficio o a iniciativa del procesado, directamente o por conducto de su apoderado, podrá disponer por una sola vez la celebración de una audiencia especial en la que el fiscal presentará los cargos contra el procesado. La audiencia versará 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, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia.

Terminada la audiencia se suscribirá un acta que contenga el acuerdo a que se haya llegado sobre los aspectos a que hace referencia el inciso anterior. El proceso se remitirá al Juez del conocimiento dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia.

Recibido el expediente por el Juez, dictará sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de conformidad con lo acordado si encuentra el acuerdo ajustado a la Ley y siempre que no se hayan violado derechos fundamentales del procesado.

El Juez podrá formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo, si lo considera necesario, mediante auto que no admite ningún recurso en el que ordenará devolver el expediente al fiscal y citará a una audiencia que se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de las observaciones. En la audiencia el fiscal y el sindicato discutirán las observaciones con el Juez y manifestarán si las aceptan, lo que consignarán en un acta. En caso de aceptar las observaciones el Juez dictará sentencia en el término de cinco (5) días.

Vencido el término establecido en el inciso tercero de este artículo o finalizada la audiencia a que hace referencia el párrafo anterior, el Juez, en caso de no aceptar el acuerdo lo improbará mediante auto susceptible del recurso de apelación.

Al sindicato que se acoja a la audiencia especial se le reconocerá un beneficio de rebaja de pena de una sexta a una tercera parte.

Parágrafo 1. SUSPENSIÓN DE LA ACTUACIÓN PROCESAL. Desde el momento en que se solicite la audiencia hasta cuando quede en firme la providencia que decida sobre el acuerdo, se suspenderá la actuación procesal, por un término que no podrá exceder de treinta (30) días hábiles. Sin embargo, podrán practicarse diligencias urgentes de instrucción orientadas a evitar la desaparición, alteración de las pruebas

o vestigios del hecho. No se suspenderá en lo referente a la libertad o detención del procesado o en relación a la vinculación de otras personas que se haya ordenado antes de dicha solicitud.

Así mismo se suspenderán los términos para efectos de la libertad provisional y el término de prescripción de la acción penal.

Parágrafo 2. El trámite previsto en este artículo se hará en cuaderno separado, que solo hará parte del expediente si se concreta el acuerdo. En caso contrario se archivará.

El fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo.

Artículo 37B. DISPOSICIONES COMUNES. *En los casos de los artículos 37 y 37A de éste Código se aplicarán las siguientes disposiciones:*

1. ACUMULACION DE BENEFICIOS. El beneficio de rebaja de pena previsto en los artículos 37 y 37A es adicional y se acumulará a todos los demás a que tenga derecho el procesado, pero en ningún caso se acumularán entre sí.

2. EQUIVALENCIA A LA RESOLUCION DE ACUSACION: El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37A, son equivalentes a la resolución de acusación.

3. RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL: Cuando se trata de varios procesados o delitos, pueden realizarse aceptaciones o acuerdo parciales, caso en el cual se romperá la unidad procesal.

4. INTERES PARA RECURRIR: La sentencia es apelable por el Fiscal, el Ministerio Público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.

La sentencia no será opinable a la parte civil, sin embargo, si tal sujeto procesal quiere acogerse a la condena que se haya hecho en perjuicios, está legitimado para apelar en relación con su pretensión. Podrá, igualmente, impugnar los acuerdos que decreten alguna preclusión.

5. EXCLUSION DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE: Cuando se profiera sentencia anticipada en los eventos contemplados en los artículos 37 o 37 A de este Código, en dicha providencia no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil del tercero.

6. AUDIENCIA ESPECIAL Y SENTENCIA ANTICIPADA ANTE LOS JUECES PENALES MUNICIPALES Y PROMISCUOS MUNICIPALES. Mientras se implantan las Unidades Locales de Fiscalía, en los procesos de competencia de Jueces Penales Municipales y Promiscuos Municipales, si el procesado solicita audiencia especial o sentencia anticipada, el Juez inmediatamente requerirá del Jefe de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Circuito correspondiente, la designación de un Fiscal de su dependencia para que ejerza las funciones atribuidas a estos efectos.”¹⁹.

Dicha modificación, supuso una clara escisión entre la aceptación de cargos y la audiencia especial, permitiendo además mayor comprensión en punto de aquellas particularidades que llamaban a confusión, como lo atinente a la acumulación de rebajas de pena, consolidación del recaudo probatorio o escrutinio del mismo en caso de fracasar la terminación anormal del proceso.

No obstante, subsistió confusión en lo referente a la deducción de responsabilidad penal por esta vía, sin el suficiente soporte probatorio; e igualmente, en cuanto a la viabilidad de controvertir los hechos y circunstancias materia de aceptación de cargos o si se trataba de una aceptación pura simple²⁰.

En el mismo contexto de evolución histórica, puede rastrearse el aumento significativo de los estándares de punición en delincuencias asociadas al bien jurídico de la libertad individual, a través de la Ley 40 de 1993, bajo el denominado estatuto antisequestro, que además trasladó la competencia en materia contravencional a la jurisdicción ordinaria, implantando un procedimiento sumario caracterizado por la oralidad, mediante la Ley 228 de 1995.

Mediante la Ley 504 de 1999, se crearon los Juzgados Penales del Circuito Especializados, como parte del proceso de desmonte de la justicia regional, según estaba previsto en el Decreto 2700 de 1991, con miras a mitigar los

¹⁹ Código de Procedimiento Penal. Decreto 2700 de 1991. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996, 160 a 164 p.

²⁰ Cfr. Op. Cit. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal. 57 a 59 p.

rezagos de la legislación de emergencia que en su momento creó la jurisdicción de orden público, acorde se desprende de la exposición de motivos del aludido referente legal:

“la dialéctica existente entre el eficientismo y el garantismo es posible encontrar un justo medio, pues el Estado no puede renunciar a su función de salvaguarda de los bienes jurídicos de la ciudadanía, bienes dentro de los cuales se incluye su obligación de proteger garantías fundamentales, por lo cual debe desplegar toda su actividad en la solución de los conflictos, sin olvidar que el límite normativo está dado por los derechos fundamentales.”²¹.

Sin embargo, fue sólo hasta el final de la década de los 90, que tuvo lugar la refundación del sistema procesal penal mixto inquisitivo, a la par con una nueva dimensión de la legislación sustancial penal, mediante las Leyes 599 y 600 de 2000, estatutos penal y procesal penal, respectivamente.

En el ámbito sustancial, hay que decir que el código penal se vio expuesto a un fenómeno expansionista que propició la reformulación de los intereses jurídicos objeto de tutela y la consecuente inclusión de nuevos hechos punibles que conformaron un amplio catálogo especial en procura de la protección de innovadores bienes jurídicos, como los delitos fruto de la manipulación genética, conductas constitutivas de infracción al derecho internacional humanitario, acorde a los tratados internacionales ratificados por Colombia y la aplicación del bloque de constitucionalidad en la materia; algunos nuevos delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, con ocasión del reconocimiento de la garantía de la dignidad humana entre sus normas rectoras, así como los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia.

Entre muchos otros matices, se superó la categorización de ilicitudes contravencionales, propia de la Ley 228 de 1995, para diferenciar entre delincuencias querellables y no querellables, además se modificaron sustancialmente las concepciones dogmáticas de las categorías dolo, culpa, preterintención, comisión por omisión, autoría y participación, error y en sí, las causales de exclusión de la antijuridicidad y la culpabilidad, para reunir las en un único grupo de causales de ausencia de responsabilidad.

²¹ PUENTES, Orlando Enrique. Creación de jueces penales del circuito especializados. Ley 504 de 1999. Ejemplar exclusivo para suscriptores del Régimen Penal Colombiano. Bogotá: Editorial Legis Editores S.A., 1999, 1 p.

Por su parte, en la sistemática procesal, prosiguieron en la fiscalía poderes inquisitivos en las fases preliminar y de investigación, a la par que, la fase de la causa se ve asimismo impregnada por la labor inquisitiva del juez, a través de una actuación demarcada por el traslado de la formulación de acusación, una audiencia preparatoria como filtro del material probatorio a aducir en la causa y saneamiento del proceso, además de la vista pública en la que las alegaciones de las partes, confluyen con una soslayada percepción del juez tras una asidua instrucción de la fase del juicio.

Se erradicó el espacio de negociación inherente a la audiencia especial, pero se mantuvo la institución de la sentencia anticipada, con algunas pequeñas variaciones en la compensación o rebaja punitiva fruto de esta aceptación de cargos pura y simple. Así, la terminación anormal del proceso penal por esta vía, simplemente determinó una clara intención en el acusado de aceptar llanamente los cargos fruto de vinculación mediante acto de indagatoria o a través de la formulación de acusación, para hacerse acreedor a una compensación punitiva, de una tercera (1/3) o una octava (1/8) parte de la pena a imponer, según si la aceptación de cargos se producía en la fase instructiva o de juzgamiento:

“ARTICULO 40. SENTENCIA ANTICIPADA. *Salvo los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política los cuales continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000. A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada.*

Efectuada la solicitud, el Fiscal General de la Nación o su delegado, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días. Los cargos formulados por el Fiscal General de la Nación o su delegado y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.

Las diligencias se remitirán al juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales.

El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena.

El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado es equivalente a la resolución de acusación.

En los procesos en los que se requiera definir la situación jurídica y se solicitare sentencia anticipada, la diligencia deberá realizarse dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la decisión.

Cuando se trate de varios procesados o delitos, pueden admitirse aceptaciones parciales, caso en el cual se romperá la unidad procesal a partir de la finalización de la diligencia.

Contra la sentencia procederán los recursos de ley, que podrán interponer el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Ministerio Público; el procesado y su defensor respecto de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes. La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello.

Desde el momento en que se solicite la sentencia anticipada hasta cuando se profiera la providencia que decida sobre la aceptación de los cargos, se suspenden los términos procesales y de prescripción de la acción penal. Sin embargo, podrán practicarse diligencias urgentes de instrucción orientadas a evitar la desaparición, alteración de las pruebas o vestigios del hecho.

En la sentencia anticipada se resolverá lo referente a la responsabilidad civil cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados.

PARÁGRAFO. Este trámite se aplicará también, guardando la naturaleza de las decisiones, en aquellos procesos penales de que conoce integralmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.²².

²² Código de Procedimiento Penal. Ley 600 de 2000.

Mientras las actuaciones judiciales relacionadas con la comisión de conductas ilícitas, en el año subsiguiente a la promulgación de los estatutos sustancial y procesal penal, esto es, a partir del 24 de julio de 2001, se surtían según las prescripciones y rituales establecidos en las Leyes 599 y 600 de 2000, recién para el año 2002, fue expedido el Acto Legislativo N° 03 que reformó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia y con ellos las funciones de la Fiscalía General de la Nación; y en el que se dispuso la implementación del sistema penal acusatorio, que dio lugar a la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal.

Fue durante la incipiente vigencia de la sistemática sustancial y procesal penal que orientó el cambio de inicios de siglo, que procedió el desmonte de aquel escenario procesal y el consecuente tránsito al sistema penal actual, impulsado tras la promulgación del anunciado Acto Legislativo N° 03 de 2002 y la Ley 890 de 2004, esta última, como plataforma de adopción del esquema, que determinó una vez más el aumento de los estándares punitivos desde el ámbito sustancial, con miras a entronizar un equilibrio respecto del paradigma procesal acuñado por la Ley 906 de ese mismo año y cuya implementación tuvo lugar de manera inicial en la capital de la República y el eje cafetero para el año 2005, con una adaptación gradual en los demás distritos judiciales del país, a partir de 2006.

Se introdujeron pues, trascendentes cambios en la sistemática procesal mixta inquisitiva, en clave de los principios acusatorio, adversarial y de oralidad, donde todas y cada una de las actuaciones son surtidas en curso de audiencia con registros especiales y sin elaboración de expediente escrito –*en teoría*-; se implementó además la jurisdicción de control de garantías y se limitaron las facultades del ente instructor en la recolección de evidencia física y elementos materiales de prueba, así como en la imposición de medidas restrictivas de la libertad y ejercicio de derechos, las cuales no pueden ya imponerse por parte del fiscal instructor *motu proprio*, sino, precisamente, bajo el aval del juez de control de garantías.

La etapa instructiva supone de manera previa el despliegue de un plan metodológico a cargo del fiscal del caso, de la mano de una serie de audiencias preliminares que conllevan a una audiencia de imputación de cargos en sede de la jurisdicción de control de garantías y culmina con el escrito de acusación por parte del delegado de la fiscalía, presentado ante el juez de conocimiento, para dar lugar a la etapa de la causa o juicio, la cual se surte en las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y del juicio oral, público, contradictorio, concentrado, con inmediatez de pruebas; las que se concebirán como tales, siempre que se practiquen en desarrollo del juicio, en el que las partes expondrán previamente su teoría del caso al juez

de conocimiento, luego del debate probatorio emitirán sus alegaciones conclusivas y al final, en concentración del trámite, éste anunciará sentido de decisión de mérito, para citar con posterioridad a la audiencia de lectura de sentencia.

En este contexto, prosigue la acentuada agravación de los estándares punitivos, a través de modificaciones al catálogo sustancial y entre otras, por las Leyes 733 de 2002 y 890 de 2004. Se agravan pues los límites de castigo en ciertas conductas con marcada lesividad, catalogadas como delincuencias propias de la justicia especializada, al igual que se excluyó este tipo de ilicitudes de la concesión de beneficios judiciales o administrativos, sustitutos o subrogados penales, todo ello, como antesala o preámbulo de la implementación del sistema, que en tanto ofertaba perspectivas negociales y premiales, debía encontrar un punto de equilibrio en la balanza, con la correlativa inclinación en disfavor de quienes no se hicieran al ámbito de aceptación o negociación de las gracias ofrecidas en pro de la terminación abreviada de la actividad procesal; además, tienen cabida en esta tendencia político criminal y en el subsiguiente transcurso histórico, las Leyes 1121 y 1098 de 2006, 1142 de 2007, 1236 de 2008, 1453 y 1474 de 2011, 1709 de 2014, 1761 de 2015 y 1773 de 2016.

Sin embargo, como se decía, es mediante la anunciada Ley 890 de 2004 que se previó un ajuste de las imposiciones punitivas, en punto a la entronización del sistema acusatorio penal. Así, se implementó un aumento de una tercera (1/3) parte a la mitad (1/2) en los márgenes de pena de la totalidad de las conductas punibles consagradas en la parte especial del código²³.

Así, a partir de la vigencia gradual en el territorio nacional de la Ley 906 de 2004, nuevo sistema acusatorio penal, tuvo lugar la aplicación de la Ley 890; además, tal y como estaba previsto en este esquema procesal con una marcada inclinación de orden premial, se dispuso consagrar un sistema de preacuerdos y negociaciones entre los delegados de la fiscalía y la defensa e imputado o acusado.

De un lado, al establecerse los fines de una justicia consensual en tales dimensiones, se equipararon los propósitos de *“humanizar la actuación procesal y la pena”*²⁴, la efectiva resolución de los conflictos sociales que genera el delito, la reparación integral de los perjuicios causados con ocasión de la conducta punible y la participación del imputado en la definición de su

²³ Ley 890 de 2004, Artículo 14.

²⁴ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, Artículo 348.

caso, con la obtención de una “*pronta y cumplida justicia*”²⁵, máxime, cuando un sistema de criminalización de tales proporciones, no podría acarrear el ordinario transcurrir de todas y cada una de las actuaciones procesales surtidas según las prescripciones procesales de rigor, ya que se haría sencillamente insostenible, dada la plataforma e infraestructura dispuesta para su desarrollo.

En ese orden de ideas, las negociaciones y preacuerdos constituyen el parámetro de sostenibilidad del sistema, pues en cuanto los destinatarios del *ius puniendi* se hagan al ámbito premial que se oferta, resulta factible evadir el caos que representaría adelantar todas las actuaciones procesales, con la carga probatoria en cabeza del Estado.

Si bien, la naturaleza de los acuerdos en el proceso penal, no corresponde a la de un contrato civil²⁶, la celebración de preacuerdos entre defensa e imputado o acusado y el delegado de la fiscalía, supone la estructura básica de un negocio jurídico, cuyas características resultan asimilables a las instituciones reguladas en el Código Civil; v. gr., en materia de vicios del consentimiento²⁷.

Se trata de un negocio provisto de un clausulado, tendiente a establecer la configuración de una prestación y su relativa contraprestación, entre ellas y claramente determinada, se encuentra la asunción de responsabilidad penal del acusado, sin más, que su simple intención de procurar una negociación

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Al respecto, se destaca en decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, bajo la radicación 43356 del 3 de febrero de 2016, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, en referencia a la decisión 22759 del 12 de septiembre de 2007 y a propósito del deber del juez de auscultar la observancia de la Constitución y la ley en los términos del preacuerdo: “*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 (...)*”.

²⁷ Así lo desarrolla la Corte en su jurisprudencia, particularmente, en decisión 39025 del 15 de mayo de 2013, M.P. José Luis Barceló Camacho. En alusión a la irrevocabilidad de la aceptación de cargos, se destaca la sujeción del análisis de los vicios en el consentimiento, a los parámetros establecidos en el artículo 1508 del Código Civil: “*Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.*”, al igual que se hace referencia a la presunción del conocimiento de la ley –*art. 9 ib.*-. De la misma manera, la noción de negocio jurídico es manejada por la Corte, aunque en salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, en decisión 46684 del 23 de noviembre de 2016, con ponencia compartida de los Magistrados Fernández Carlier y Fernando Alberto Castro Caballero, y en perspectiva del debido proceso y observancia de garantías constitucionales: “*Negocios jurídicos que afecten el debido proceso, la defensa, los derechos constitucionales a la verdad, justicia y reparación, entre otros, no son oponibles, no son exigibles jurídicamente y por ende en ellos no puede sustentarse ningún juicio de responsabilidad penal.*”.

de su condena, claro está, amparado por los medios de conocimiento que soportan la pretensión punitiva de la fiscalía y con sujeción al principio de legalidad.

Ahora, tal como ha sido objeto de análisis en anteriores líneas, la estructuración de preacuerdos se asemeja claramente a la institución de aceptación de cargos, más aún a la de audiencia especial, según esa evolución de nuestra sistemática procesal penal; empero, los tintes de persuasión que provienen del ámbito negocial, en la función acusatoria del ente instructor, implican la consolidación de un sistema de acuerdos que propende por ser sugestivo a su destinatario, para así garantizar, se insiste, la sostenibilidad del sistema.

A partir de allí entonces, se otorgan amplias facultades al ente investigador para disponer del acto acusatorio y así construir el ámbito negocial como a bien lo determine con el sujeto pasivo de la acción penal; v. gr., les asiste la posibilidad de pre-acordar respecto de los mismos hechos imputados y sus consecuencias²⁸.

Por otra parte, la rebaja del monto de condena por concepto de allanamiento a los cargos endilgados por el ente instructor que, ya se dijo, en la anterior dinámica de procedimiento y en el marco de la denominada sentencia anticipada, se estableció en una tercera (1/3) parte de la pena en la etapa de la instrucción y en una octava (1/8) en la fase de la causa, se consagra en el sistema acusatorio penal hasta en la mitad (1/2) de la condena, es decir, una disminución de incluso el cincuenta por ciento (50%) en la dosificación final de la pena, de presentarse una aceptación de cargos en el primer momento procesal de imputación; aunque tal descuento, tiene lugar en estricta aplicación aritmética de los incrementos de pena establecidos en la Ley 890 de 2004, antes citada.

En tales circunstancias, una pena determinada en abstracto en tres (3) años de prisión, cuya disminución por sentencia anticipada en la Ley 600 de 2000 podía dar lugar a una dosificación final de dos (2) años de prisión; en el esquema procesal de Ley 906 de 2004, supone un incremento de una tercera (1/3) parte, esto es, un (1) año, para cuatro (4) años de prisión, que sometida a la máxima rebaja del cincuenta por ciento (50%), deriva en idéntico monto de condena: dos (2) años; ello, claro está, toda vez que el imputado se dé a la aceptación del ámbito negocial proporcionado, pues, de lo contrario, la pena se verá simplemente expuesta a los exorbitantes

²⁸ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, Artículo 351.

aumentos establecidos, en caso de prosperar la tesis acusatoria de la fiscalía.

Desde luego, el rango objeto de negociación disminuye en la medida en que transcurren los escenarios procesales y según se aproxime el culmen en sede del juicio oral; allí, la disminución de la pena equivaldría a una sexta (1/6) parte, esto es, dieciséis punto sesenta y siete por ciento (16.67%); minúsculo monto, dado el significativo avance de la actuación procesal y el desgaste por parte del ente acusador en la configuración de su tesis de condena.

Se refleja pues, de manera palmaria, la búsqueda insistente en lograr el encausamiento abreviado de la actuación penal, vía preacuerdo o aceptación de cargos de manera pura y simple, mas, incidido el esquema de rebajas, de manera perversa como se verá más adelante, por la ostensible disminución que, en supuestos de captura en flagrancia, se tiene al día hoy, acorde a la modificación que del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, estableció la Ley 1453 de 2011, artículo 57, parágrafo.

Además, como se decía y conforme será objeto de análisis posterior, el sistema de preacuerdos y negociaciones se hace extensivo, a más de la rebaja de pena, a otra clase de contraprestaciones como la degradación de responsabilidad penal vía readecuación típica o concesión de atemperantes punitivas que se presentan asiduamente en la dinámica procedimental.

En fin, se trata de toda una serie de pautas tendientes a reivindicar el carácter dispositivo de la acción penal y adversarial del esquema acusatorio, en orden a transigir, precisamente, en la pretensión punitiva del Estado, se itera, como fiel reflejo de instituciones con hondo calado en la historia procesal reciente, a través de las figuras de la sentencia anticipada y la audiencia especial.

3. DESARROLLO TEÓRICO.

3.1. MARCO LEGAL.

Como prefacio de este marco legal inherente al esquema de preacuerdos y negociaciones, bien vale circunscribir el mismo a una de las variables de justicia abreviada, establecidas en el marco del sistema acusatorio penal colombiano y referente a la confección de preacuerdos entre las partes, fiscalía y defensa, e imputado o acusado; tal ámbito de negociación, en abierta escisión de la figura de terminación anticipada del proceso por antonomasia, como es el allanamiento a cargos, esto es, la culminación del proceso penal por vía de la aceptación unilateral de cargos, pura y simple. Las demás variables de encausamiento abreviado de la actuación procesal; v. gr., el principio de oportunidad, la preclusión, cesación del procedimiento, constituyen modalidades ajenas a lo que será objeto de análisis.

3.1.1. FINES INHERENTES AL SISTEMA DE PREACUERDOS O NEGOCIACIONES.

En tales condiciones, conviene entonces rastrear la regulación prevista en la materia por el Código de Procedimiento Penal –*Ley 906 de 2004*-; legislación que, en su Libro III –*El Juicio*-, Título II –*Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado*-, artículos 348 y ss., desarrolla la normativa inherente a la justicia pre-acordada en el esquema procesal penal.

El aludido canon 348, consagra la posibilidad de que la fiscalía y el imputado o acusado, lleguen a preacuerdos que impliquen la terminación anticipada del proceso, teniendo como norte la humanización de la actuación procesal y la pena, la obtención de una pronta y cumplida justicia, la composición y reparación de los conflictos sociales y los perjuicios generados con ocasión de la actividad delictiva, así como lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

Desde ahora conviene destacar, según la normativa referenciada –*art. 348, inc. 2*-, el deber inherente al respectivo fiscal delegado, de observar las directrices de la Fiscalía General de la Nación, al igual que las pautas dispuestas en perspectiva de la política criminal del Estado, con claros fines de resguardar el prestigio de la administración de justicia.

Así se extracta del artículo en mención:

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

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

3.1.2. MODALIDADES DE NEGOCIACIÓN.

Consagra pues la ley la viabilidad de los preacuerdos celebrados entre las partes *–fiscalía, defensa e imputado o acusado–*, en los diferentes estadios de la actuación procesal; sin embargo, con miras a compendiar en mejor medida la temática a desarrollar en el presente acápite, se abordará de manera inicial, la regulación inherente a la posible modificación de la pretensión punitiva, en sus ámbitos fáctico y jurídico, así como a la determinación de la pena y a otras consecuencias del injusto, a efectos de posibilitar el acuerdo que ponga fin a la actuación.

3.1.2.1. MODIFICACIÓN FAVORABLE DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA.

El artículo 350, inciso 2 *ibídem*, establece específicas modalidades de negociación entre fiscalía e imputado por conducto de su defensor, a partir de la declaración de culpabilidad del delito imputado o de otro que conlleve una pena menor, según se presente una de las siguientes contraprestaciones: *i)* la eliminación de la acusación de alguna causal de agravación punitiva *–entiéndase cualquier causal que intensifique la punibilidad–* o de algún cargo específico; y, *ii)* sea tipificada la conducta, dentro de la alegación conclusiva de la fiscalía, con miras a una específica disminución de pena *–entendida ésta, como un cambio favorable en relación con la pena a imponer (ccia. art. 351, inc. 2 ib.)–*.

Resulta evidente que al aludirse a la alegación conclusiva de la fiscalía, la misma no ha de entenderse desde la sede del juicio oral, en el ámbito de clausura del debate probatorio, cual se trata de las alegaciones finales, pues, se entiende, tal referencia a la alegación final de la fiscalía, se dimensiona a partir del pedido de condena que deriva para el ente acusador, al concebirse la negociación con la contraparte, en el marco del esquema de justicia abreviada y a propósito de esa tipicidad que implique una menor drasticidad punitiva, vale decir, en cualquier episodio procesal, posterior sí, como se decía, al acto de formulación de imputación.

Se trata pues de una modificación de la imputación jurídica, favorable a los intereses del destinatario de la misma, bien, a través de la eliminación de alguna causal agravación o de intensificación punitiva, de un cargo específico, o también, mediante una determinada disminución de pena.

Al respecto, es menester aclarar que, en torno de la segunda modalidad de negociación referida –*tipificación de la conducta en punto a una disminución punitiva*–, la Corte Constitucional determinó, por vía de declaratoria condicionada de exequibilidad, en la Sentencia C-1260 de 2005, que le está vedado a la fiscalía, en ejercicio de esa facultad, crear tipos penales, al igual que, en la referida alegación conclusiva, los hechos invocados sólo pueden corresponder a una calificación jurídica prevista por la ley penal preexistente; además, conforme se dará cuenta en el compendio de jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo que a uno de los criterios inherentes al control material de los preacuerdos y negociaciones por el juez de conocimiento se refiere, tampoco le está dado a la fiscalía en la confección de los convenios, alterar el núcleo fáctico de la imputación, a manera de evidenciar su pretensión punitiva, desde un marco factual que diste de aquel plasmado en dicho acto de comunicación²⁹; sin embargo,

²⁹ Se extracta del precedente constitucional en cita: “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 –sic- 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. (...) En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, 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, aún 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.”.

como construcción argumentativa en torno de la temática inherente al control judicial y la confección de preacuerdos y negociaciones, y desde el aporte que el autor pretende efectuar al estado del arte en ulterior acápite, lo cierto es que se estima viable exceder el marco fáctico de la pretensión punitiva inicial, toda vez que se esté a un ámbito de razonabilidad en los términos del convenio, que el mismo se adscriba al prestigio de la administración de justicia.

De otro lado, si bien en desarrollo de la normativa objeto de análisis, se abordará a espacio la participación de la víctima, en lo que a la confección del preacuerdo se refiere, cabe adelantar respecto a la norma que se viene de referir –*art. 350 ib.*–, que la Corte Constitucional por vía de declaratoria condicionada de exequibilidad, mediante Sentencia C-516 de 2007, estableció la posibilidad de que la víctima intervenga en el preacuerdo, en punto a ser escuchada e informada de su celebración, tanto por el fiscal, como por el juez de conocimiento.

3.1.2.2. MODIFICACIÓN FAVORABLE DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA, DEDUCCIÓN DE LA PENA Y OTRAS CONSECUENCIAS DEL INJUSTO.

Seguidamente, en consonancia con la primera variable prevista en el antedicho artículo 350, inciso 2 *ibídem* –*eliminación de la acusación de alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico*–, reitera el artículo 351 *ibídem*, en su inciso 2, la posibilidad de que la fiscalía y el imputado logren un preacuerdo en torno de los hechos imputados y sus consecuencias; pero, como ya se dijo en punto de uno de los criterios jurisprudenciales que acogiera la Sala Penal de la Corte, la negociación respecto de los hechos imputados debe corresponder con ese marco fáctico de inicial formulación; además que, a propósito de las consecuencias, es claro que esta posibilidad reportaría otra serie de modalidades de preacuerdos, al viabilizarse en esa medida, un convenio entre las partes que determine, entre otras opciones, el monto de imposición de la sanción penal.

Esta modalidad, como se verá, sustrae al juez de conocimiento de la función de tasación penal y bien podría constituirse como beneficio autónomo, de cara a la determinación del mínimo de pena o una pena abiertamente benéfica en relación con el caso concreto, o bien, también podría hacer las veces de parámetro modulador, respecto de alguna otra concesión que, en sentir de la fiscalía, amerite una ponderación a través de esa estimación de pena que obviamente deviene benéfica, pero que, ajustada en un monto

mayor, se insiste, module o pondere la contraprestación principal objeto del convenio; por ejemplo, de determinarse aceptación de cargos bajo una contraprestación de degradación de responsabilidad, vía alguna atemperante punitiva y estimarse desproporcionada la pena mínima que ofrece la respectiva figura, puede reajustarse la concesión a través de la determinación de una pena más alta.

Pero también, se decía, la determinación de la pena puede constituir la contraprestación principal del convenio, en ese caso, bien puede optarse por cualquier monto de pena que se estime benéfico o incluso, por la imposición de la pena mínima.

Al respecto, se ha pronunciado de manera reiterada la Corte, en decisiones 24531 del 4 de mayo de 2006, 26448 del 7 de febrero y 28384 del 1° de noviembre de 2007, 29788 del 29 de julio de 2008 y 33478 del 24 de febrero de 2010, en el sentido que la imposición del mínimo de pena no altera el principio de legalidad de las penas, además que, en esta específica modalidad, de manera obvia, no hay lugar a la dosificación de pena a cargo del juez.

Si bien se volverá sobre este punto, a propósito del análisis de los referentes legales con impacto en el sistema de preacuerdos y negociaciones, tal y como es la adición que del artículo 61 del Código Penal estableció la Ley 890 de 2004, artículo 3, en punto de la inaplicación del sistema de cuartos de dosificación en preacuerdos y según se retomará una discusión que se ofrece trascendental, en perspectiva al aporte que se pretende en la presente elaboración, en materia del control de legalidad al preacuerdo por el juez de conocimiento, baste por ahora significar que no se suscribe una apreciación según la cual, por estar vedada al juez la aplicación del sistema de cuartos en esta clase de negociaciones y so pretexto de reivindicar en esa medida el margen de maniobra que le asiste a las partes y particularmente a la fiscalía, en la configuración del preacuerdo, se establezca que la imposición del mínimo de pena no constituye un beneficio autónomo en sí.

Precisamente, si las particulares condiciones que devienen del preacuerdo ameritan una imposición penal mínima que sustraiga al juez de conocimiento de la dosificación punitiva, pues, en esa medida, tal pauta se constituye con claridad en una contraprestación estatal por aceptación de cargos; de ahí que, la determinación de pena sí constituye una modalidad autónoma de negociación, aun cuando puede sumarse a otro tipo de contraprestación.

Cosa distinta es que el caso en concreto no amerite una concesión respecto de la pena, por estimarse que al desarrollarse el respectivo ejercicio de

dosificación por el juez, el mismo se correspondería con las expectativas de las partes en ese sentido; de ahí que, en tales condiciones, simplemente no se ofrecería satisfactoria este tipo de contraprestación y habría de optarse por alguna otra, ya que, se itera, en los eventos en que la imposición de la pena se ofrezca considerable u ostensiblemente benéfica, la misma habría de suponer la contraprestación autónoma derivada del convenio, sin que de allí derive la posibilidad de acudir a otra concesión con incidencia en la pena, pues en esas circunstancias se estaría a la inobservancia de la limitante prevista en el artículo 351, inciso 2, a propósito de un solo cambio favorable en la pena por imponer.

Ahora, la modalidad en trato, inherente a la aceptación de cargos en perspectiva de las consecuencias que reporta el injusto, comprende también la concesión o no de sustitutos penales.

Ninguna dificultad se advierte, en evidenciar que los sustitutos penales suponen una obvia consecuencia del injusto que, a las claras, constituye un aspecto pasible de negociación, toda vez que se configuren los parámetros de concesión previstos para el respectivo mecanismo sustitutivo. Al respecto, se ha pronunciado la Corte de manera reciente, en decisión 47630 del 14 de junio de 2017³⁰ y en alusión a la providencia 43523 de 2014, a propósito de la viabilidad de pre-acordar sustitutos penales, siempre que se esté a los requisitos de ley; esto es, los requisitos que habilitan dicha concesión y la ausencia de prohibiciones para tal efecto³¹.

Además, respecto de la antedicha indebida acumulación de beneficios en relación con la pena por imponer –*art. 351, inc. 2-*, los sustitutos penales, como se verá, por el contrario sí pueden sumarse a otra concesión punitiva por no integrar, aquéllos, el principio de legalidad de la pena³².

Por otra parte, al igual que con la determinación de la pena, se considera que los sustitutos penales también pueden erigirse en un parámetro de ponderación de otra cualquiera contraprestación que se estime principal en el respectivo preacuerdo; es decir, que ante la concesión por la que opten las

³⁰ M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

³¹ En punto de aspecto análogo, se ha pronunciado la Corte en decisiones 41570 del 20 de noviembre de 2013 y 44060 del 1° de octubre de 2014, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, en el sentido que la negociación no puede extenderse a permisiones derivadas de la concesión de sustitutos y que excedan las prohibiciones legales; v. gr., en materia de permiso para ejercer actividades laborales en prisión domiciliaria, o específicamente, para ejercer la profesión de abogado, si se cuenta con prohibición disciplinaria de ese tenor.

³² Cfr. Decisiones 41570 de 2013 y 31531 del 8 de julio de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

partes, se establezca correlativamente que no ha de tener lugar la concesión de mecanismos sustitutivos, esto es, se pacta la ejecución intramural de la condena.

Tal variable adquiere relevancia, en perspectiva de los presupuestos previstos en la norma para este tipo de concesión –*arts. 38B y 63 C. Penal, ad. y mod., respectivamente, L. 1709/14, arts. 23³³ y 29³⁴*-, pues tratándose de una concesión eminentemente objetiva, cuando se está al parámetro de imposición de pena en el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o de mínimo de pena previsto en la ley, para el caso de la prisión domiciliaria, al igual que se cuenta con carencia de antecedentes penales y condición de arraigo –*ésta en el último sustituto aludido*-, a la par que no se está a alguna de las prohibiciones de ley –*art. 68A ib., mod. L.1709/14, art. 32*-, resulta obvio que el juez estaría a una negativa sin asidero legal, o mejor, optaría por denegar un mecanismo pese a que se reúnen los requisitos de ley; de ahí que, se estima, perfectamente las partes pueden obviar esa procedencia legal del sustituto penal, precisamente para matizar o ponderar las condiciones benéficas del preacuerdo.

³³ Artículo 38B del Código Penal, adicionado artículo 23 de la Ley 1709 de 2014:

“Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones (...).”

³⁴ Artículo 63 del Código Penal, modificado artículo 29 de la Ley 1709 de 2014:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. (...).”

Es que, de manera obvia, si el sustituto resulta procedente, es que se hace pasible de negociación, pues de no serlo, vano discurrir sobre el particular; el punto es que a raíz de la preceptiva legal en cita, Ley 1709 de 2014, tal procedencia tienen lugar en forma objetiva, siempre que se esté a los antedichos presupuestos de concesión, vale decir, no hay una valoración como tal, de cara a parámetros subjetivos que demanden del juez esa clase de análisis para conceder o denegar el sustituto, tal cual establecían dichos presupuestos de carácter subjetivo los originarios artículos 38³⁵ y 63³⁶ del Código Penal, previo a las modificaciones de aquél referente legal, excepto sí, en caso de antecedentes penales, donde actualmente, la ley faculta al juez para valorar la viabilidad de la suspensión de la pena –*art. 29, L. 1709/14*-³⁷.

Así entonces, se insiste, resulta viable que las partes opten por pre-acordar la reclusión intramural, como parámetro de procedencia de la respectiva contraprestación, que obviamente habría de circunscribirse a una benéfica punición, vía rebaja de pena o modificación de cargos por readequación típica o degradación de responsabilidad, que amerite esa clase de modulación del convenio, mediante la denegación de sustitutos penales.

Además, de contera, el preacuerdo respecto de las consecuencias del injusto, puede incluir de igual forma el reconocimiento de la libertad, tal como lo explicita en punto de las causales de libertad –*provisional*- el artículo 317, en particular, en su numeral 3: “(...) *La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos: (...) 3. Como consecuencia de las cláusulas de acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.*”.

³⁵ Artículo 38 del Código Penal, modificado artículo 2 de la Ley 1453 de 2011:

“(...) siempre que concurran los siguientes presupuestos: (...) 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. (...)”.

³⁶ Artículo 63 del Código Penal, adicionado artículo 4 de la Ley 890 de 2004:

“(...) siempre que concurran los siguientes requisitos: (...) 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. (...)”.

³⁷ *“(...) 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. (...)”.*

Lo anterior, de estarse a una causal liberatoria o en caso de acordarse la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a manera de libertad provisional, ante el sentido de sentencia de carácter condenatorio que deviene de la aprobación del convenio –*art. 293 ib.*– y conforme a la posibilidad que respecto del acusado privado de la libertad consagra el artículo 451 *ibídem*: “*El juez podrá ordenar su excarcelación siempre y cuando los cargos por los cuales fue encontrado culpable fueren susceptibles, al momento de dictar sentencia, del otorgamiento de un subrogado penal*”.

Así mismo, dicha modalidad de preacuerdo, se hace extensiva, además de la determinación de la pena, concesión o negativa de sustitutos penales y reconocimiento de la libertad, a mecanismos post-delictuales, tales como la reparación a la víctima.

Esta clase de mecanismo, si bien, por definición, no constituye de manera obvia una contraprestación estatal como tal, sí refulge como un ámbito legítimo de negociación, de cara a la obtención de una gracia punitiva derivada de otra modalidad de concesión, es decir, bien puede estimarse dicho ámbito reparativo, como ponderación de la respectiva rebaja o condición benéfica que en perspectiva de punición se considere como contraprestación principal del convenio, tal como ocurre con la determinación de una pena mayor o la denegación de sustitutos penales.

A manera de ejemplo, podría plantearse la aceptación de cargos en perspectiva de readecuación típica, degradación de responsabilidad penal o imposición de una pena mínima como beneficio, condicionada a que se repare efectivamente a la víctima, con miras a ponderar, matizar, la respectiva concesión.

Sobre esta específica modalidad, se ha pronunciado la Corte en decisión 41570 del 20 de noviembre de 2013³⁸ y en alusión a las providencias 25389 y 24837 de 2006; precedente también referido, no sólo a la viabilidad de preacordar en torno de los mecanismos sustitutivos de la pena, sino, además, en punto de la reparación a las víctimas. Tales pronunciamientos del año 2006, de igual forma son reafirmados en providencia 45736 del 24 de febrero de 2016³⁹, la cual, a su vez, alude sobre el mismo particular, a la decisión 33478 de 2010.

³⁸ M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

³⁹ M.P. Éyder Patiño Cabrera.

Por otra parte, la negociación también puede circunscribirse a otro tipo de mecanismos post-delictuales, acorde a la específica entidad delictiva; v. gr., restitución del objeto material del delito o su valor, e indemnización del perjuicio ocasionado en delitos patrimoniales *-art. 269 C. Penal-*; cesación del mal uso, reparación del daño, corrección de la aplicación oficial diferente o reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado en un delito de peculado *-art. 401 ib.-*; o retractación en el punible de falso testimonio *-art. 443 ib.-*.

Al respecto, se ha pronunciado la Corte en decisión 46101 del 1° de junio de 2016⁴⁰, sin embargo, deviene alguna clase de confusión de la posición que allí se asume, en el sentido que los preacuerdos en sí, no constituyen un mecanismo post-delictual, tal como la reparación en los delitos patrimoniales; lo anterior, a efectos de la estimación punitiva para la concesión de sustitutos penales, es decir, lo que se pretende significar en la aludida jurisprudencia, es que los montos punitivos establecidos para determinada entidad delictiva materia de negociación, no pueden ser incididos, en punto a la configuración de los presupuestos de concesión de mecanismos sustitutivos, por las rebajas fruto de figuras post-delictivas, mas, los preacuerdos en sí no constituyen una figura de este tenor.

El punto que principalmente llama a confusión, es que en el asunto objeto de casación, se había denegado un mecanismo sustitutivo en segunda instancia, por considerarse que, si bien, la figura pre-acordada vía responsabilidad penal, era constitutiva en su mínimo de pena del presupuesto objetivo para acceder a la sustitución penal, no obstante, se estimó, erróneamente por demás, que no había lugar a esa concesión, dado que los preacuerdos constituyen en sí una figura post-delictiva, cuya determinación de pena o degradación de responsabilidad, por lo tanto, no podría tenerse en cuenta como parámetro para la concesión del sustituto penal, sino, el análisis radica en el delito imputado o acusado y en el monto de pena originalmente previsto para el mismo, sin atender a los resultantes del preacuerdo.

Así pues, para la Corte, los preacuerdos no son una figura post-delictiva y por ende, la concesión de mecanismos sustitutivos sólo está sujeta a la imposición de pena derivada del preacuerdo y toda vez que no haya prohibición legal; es así que, si la pena mínima prevista en la ley para la entidad pre-acordada no supera los ocho (8) años de prisión y no se cuenta con alguna prohibitiva al efecto, procede entonces el análisis de concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria *-art. 38B C. Penal-*, al margen

⁴⁰ M.P. Éyder Patiño Cabrera.

que la pena mínima prevista para el delito imputado o acusado, excediera dicho monto punitivo.

Ahora, lo que no logra dilucidarse claramente del criterio de la Corte y pareciera derivar en un planteamiento en contrario, es que, no obstante los preacuerdos no son en sí una figura post-delictiva, éstos sí pueden versar en torno de esa clase de mecanismos, caso en el cual, la figura pre-acordada, como por ejemplo la reparación a la víctima, no puede incidir en los topes punitivos para la concesión de sustitutos penales; en otras palabras, los preacuerdos no tienen los efectos de figuras post-delictuales para desestimar la procedencia de la sustitución de la pena, excepto que versen en punto de una figura de esa índole.

Tal la contradicción del precedente en cita, que fundamenta la naturaleza del preacuerdo en las anunciadas finalidades inherentes al mismo, a cuyo efecto explicita: *“propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto”* y a espacío, desatiende que, de versar un preacuerdo sobre esta condición, reparación del injusto, pues el carácter post-delictivo del mismo determina que la rebaja de pena producto de esa contraprestación, no opere en punto a los presupuestos de procedencia de un sustituto penal.

Además, en estos eventos es claro que el mecanismo, se decía, no opera genuinamente como una contraprestación estatal por la aceptación de cargos, sino, se constituye en ese parámetro válido para ponderar la respectiva concesión por la que opte la fiscalía, aún, de tratarse de figuras post-delictuales que sí entrañen alguna concesión en términos de punición, pues es claro que la misma, en tanto no deviene de un aspecto consustancial a la comisión delictiva, no puede constituir la contraprestación principal del preacuerdo; es decir, el que se proceda con la reparación patrimonial en el hurto, o el reintegro de lo apropiado en el peculado, o la retractación en el falso testimonio, como figuras post-delictivas susceptibles de beneficio punitivo, no marginan al acusado ante la aceptación de cargos, de acceder a una contraprestación por tal concepto, sino, se reitera, ello deviene precisamente como modulación de la respectiva concesión por la que se opte fruto del preacuerdo.

Incluso, la reparación o resarcimiento, en aquellos eventos en que el acusado percibe un incremento patrimonial fruto del delito, no hace las veces de mecanismo a pre-acordar en sí, sino que constituye una de las exigencias que se analizará a espacío en materia de preacuerdos, esto es, como parámetro de procedencia de la negociación y por lo que habrá aquél de reintegrar por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de lo percibido y asegurar el pago del remanente –*art. 349-*, no obstante, es claro que las

partes pueden también convenir que dicho reintegro se dé en un monto determinado, mayor a la mitad de ese ilícito incremento patrimonial y el aseguramiento del remanente se estime en inferior porcentaje; se itera, con miras a ponderar o modular cualquiera otra contraprestación igualmente convenida.

Podría apuntarse la viabilidad de esta modalidad de preacuerdo, particularmente, en lo atinente a los intereses de la víctima y aún del acusado, desde la misma regulación que establece los principios propios de la dinámica de preacuerdos y negociaciones en la norma procedimental –art. 348-, donde se consagran como finalidades de los preacuerdos, además de la humanización de la actuación procesal y la pena, la obtención de una pronta y cumplida justicia, la activación de la solución de los conflictos sociales generados con el delito, lograr la participación del imputado en la definición de su caso, así como propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto; fines todos que se concretan en esa manifestación reparativa y que claramente dan licencia a las partes para concretar preacuerdos en torno de esta modalidad de negociación, inherente a mecanismos post-delictivos.

Lo anterior, sin dejar de lado que dichas figuras conllevan rebajas de pena que determinan una obvia conveniencia para los intereses del acusado, además del beneficio para la víctima en delitos patrimoniales o para la misma administración pública en el delito de peculado, de optar la fiscalía por esta clase de negociaciones.

Se insiste que resulta viable pre-acordar en torno de dichas circunstancias post-delictivas, mas, valga relieves, las rebajas derivadas de esa clase de figuras, no tendrían incidencia punitiva para la concesión de sustitutos penales; esto es, la pena a analizar para la viabilidad del mecanismo sustitutivo, no está sujeta a la respectiva deducción por concepto de una figura post-delictiva, pues se trata de factores que, en términos del referido precedente jurisprudencial: “(...) *no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya ocurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, (...)*”⁴¹.

⁴¹ Decisión 46101 de 2016, en alusión a la providencia 21720 de 2005.

3.1.2.3. REBAJA DE PENA SEGÚN EL ÁMBITO PROCESAL.

Las oportunidades o ámbitos procesales propicios para la aceptación de cargos, están determinados por los estadios de formulación de imputación, presentación del escrito de acusación, audiencia preparatoria y juicio oral⁴².

3.1.2.3.1. SEDE DE IMPUTACIÓN.

El primer acto comunicacional de parte, formulación de imputación en la sede jurisdiccional de garantías, da lugar a la realización de preacuerdos, hasta antes de la presentación del escrito acusatorio, el cual determina la fase de juzgamiento ante el juez de conocimiento; es dicho interregno procesal, el primer episodio que habilita una negociación entre las partes, precisamente, a partir de los términos de la imputación formulada por la fiscalía. Se prevé así la confección de los preacuerdos, a manera de homologación del escrito de acusación, por lo que en tales condiciones se da lugar a la actuación del juez de conocimiento –*art. 350, inc. 1 ib.-*.

De igual forma, el artículo 351 *ibídem* determina como una de las modalidades de negociación, la contraprestación de rebaja de pena establecida en el interregno procesal que se viene de demarcar y que, aun cuando tal merma punitiva se asocia a la primigenia modalidad de terminación abreviada del proceso, cual se trata de la aceptación unilateral de cargos, pura y simple, esto es, el denominado allanamiento a cargos, empero, resulta claro que la dimensión de acuerdo que allí se establece, se enmarca en esa posibilidad para las partes de transigir la aceptación de cargos, en perspectiva del antedicho momento procesal que se concibe luego de la formulación de imputación y hasta antes de la presentación del escrito acusatorio ante la sede de conocimiento, desde luego, en orden a los cargos formulados en ese primer episodio comunicacional, cual determina a su vez la primera oportunidad de allanamiento unilateral a los mismos.

Así pues, establece la anunciada preceptiva que, tal aceptación de cargos al interior de la audiencia de formulación de imputación, conlleva una rebaja de

⁴² Respecto de dichos estadios procesales se ha pronunciado el precedente de la Corte, particularmente, en decisión 43556 del 27 de abril de 2016, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya y en alusión a la decisión 36502 de 2011, en punto de las oportunidades procesales que habilitan la aceptación de cargos constitutiva de rebaja de pena y la realización de preacuerdos.

hasta la mitad (1/2) de la pena a imponer; “*acuerdo*” que, en las mismas condiciones, hará las veces de escrito de acusación –*ccia. art. 293 ib.-*.

De ahí que bien vale evidenciar desde ahora, la deficiente técnica legislativa que se impone en la aludida regulación –*art. 351, inc. 1-*, pues, aun cuando resulta adecuada la consagración referente a que: “*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, (...)*”, no obstante, refulge que tal modalidad es inherente a la anunciada variable de justicia abreviada, consistente en la aceptación unilateral de cargos, pura y simple –*allanamiento a cargos-*; por ende, deviene absolutamente contradictoria la previsión dispuesta a renglón seguido, cuando se asume dicha aceptación de cargos como una modalidad de acuerdo –“(…) *acuerdo que se consignará en el escrito de acusación*”-, por demás, como parte integral de la consagración prevista en punto de las modalidades inherentes a los preacuerdos y negociaciones.

Lo anterior, para deslindar, la aceptación de cargos en el primer momento procesal de la formulación de imputación y referente a una rebaja de hasta la mitad (1/2) de la pena a imponer, no constituye en sí una modalidad de preacuerdo, como tampoco la aceptación de cargos pura y simple en la audiencia preparatoria, alusiva a la rebaja de una tercera (1/3) parte –*art. 356, num. 5 ib.-* o como derivación de la declaración inicial de culpabilidad tras la instalación del juicio oral, constitutiva de una rebaja de una sexta (1/6) parte de la pena –*art. 367, inc. 2 ib.-*.

Sin embargo, tal como se anunció en precedencia, dichas rebajas de pena, determinan sí, la modalidad de preacuerdos o negociaciones, en referencia al correspondiente episodio procesal; así, como se verá, acorde al momento del proceso que se abarque, el mismo dará lugar a la respectiva rebaja de pena por concepto de contraprestación.

Palmaria pues la diferenciación que se aquí se concibe, en cuanto al acto de allanamiento a cargos, como aceptación pura y simple, respecto del preacuerdo como manifestación bilateral; empero, la jurisprudencia de la Corte, si bien, en relación con la aludida exigencia que de orden patrimonial le es inherente al preacuerdo –*art. 349 C.P.P.-* y en punto de la figura de allanamiento a cargos, ha reconsiderado, de manera reciente por demás, en el connotado asunto de corrupción administrativa, conocido como ‘*el caso Nule*’, la línea de pronunciamiento establecida de tiempo atrás, a propósito de la naturaleza inherente a ambas figuras.

Se trata de la decisión 39831 del 27 de septiembre de 2017⁴³, donde se asume que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de preacuerdo; planteamiento que había sido acogido en decisión 38806 de 2014. Acorde al recuento que allí desarrolla la Corte, se da cuenta, inicialmente, de la homologación de las instituciones de allanamiento a cargos y sentencia anticipada –*Ley 600 de 2000*–, conforme se dejara sentado en decisión 21954 de 2005; luego, en providencia 21347 de la misma anualidad, se explicitó la naturaleza del allanamiento como modalidad de preacuerdo; en tanto que, a través de decisión 25306 de 2008, se planteó la escisión de ambas figuras, al considerar que, en efecto, en el allanamiento a cargos no hay un acuerdo como tal; dicha postura, fue reafirmada en la providencia 31063 del mismo año, y se hizo extensivo el criterio, a la diferenciación entre los efectos derivados de ambas figuras, así quedó establecido en decisiones 34829 y 36502 de 2011, y 40174 de 2014.

Como se decía, con específicos fines, en el connotado caso en mención, de lograr un resarcimiento patrimonial efectivo y precaver así los intereses de las víctimas, se acogió la primigenia tesis que se remontaba al año 2005 y se estimó que al tratarse preacuerdo y allanamiento de figuras coincidentes, le era extensiva a éste, la antedicha exigencia prevista en el artículo 349 de la norma procedimental y referente a garantizarse la reparación patrimonial a la víctima, como presupuesto para la validación de una u otra modalidad de aceptación de cargos.

Aun cuando se percibe plausible como fundamento, lo atinente a preservar los intereses de las víctimas, particularmente, en ilícitos que originen un incremento patrimonial, no obstante, se considera que dicha pauta jurisprudencial tan sólo busca suplir la falencia legislativa que, no sólo marginó el allanamiento a cargos de dicho presupuesto atinente a asegurar tal reparación, sino, que además, ya se dijo, es absolutamente ambivalente en la concepción de ambas figuras, las cuales, se considera, acorde a lo desarrollado en anteriores líneas, resultan en un todo escindibles, desde su noción conceptual, según las oportunidades procesales que les son inherentes y acorde a las consecuencias que irradian cada una en esos diferentes ámbitos del proceso.

Se acoge pues la anunciada tesis de diferenciación de ambas instituciones; otra cosa es que para ciertos efectos, como el que se analizaba, resulten equiparables como modalidades de terminación anticipada del proceso por aceptación de cargos, vía unilateral, o bilateral, respectivamente.

⁴³ M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

3.1.2.3.2. SEDE DE CONOCIMIENTO.

Entonces, se tienen como ulterior desarrollo de esta tercera modalidad de negociación, en términos de los diferentes estadios de la actuación procesal, las correspondientes rebajas de pena establecidas como contraprestación, acorde al momento procesal y según se vienen de mencionar con referencia a los ámbitos procesales de aceptación unilateral de cargos; de ahí pues que, se reitera, al primigenio acto de imputación, aunque, como derivación del acto unilateral de allanamiento a cargos, como aceptación pura y simple, que no como negociación, corresponde una rebaja de pena del cincuenta por ciento (50%) –*art. 351, inc. 1 ib.-*; en tanto que, respecto del primer momento procesal inherente a la fase de conocimiento, establece el artículo 352 *ibidem*:

“Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.”

Precisamente en este momento procesal, se establece en el artículo 343, numeral 2 *ibidem*, respecto de las decisiones a adoptar por el juez de conocimiento, que al término de la audiencia de formulación de acusación: *“Aprobará o improbará los acuerdos a que hayan llegado las partes.”*

Valga un paréntesis para significar, se suscribe además una tesis según la cual, la audiencia de acusación no es un espacio propicio para la aceptación unilateral de cargos, esto es, vía allanamiento.

Y ello, por cuanto resulta ampliamente contraproducente, en términos de una clara delimitación de los espacios inherentes a la configuración de preacuerdos o aceptación unilateral de cargos, propiciar actos que, efectivamente, no están determinados por ley para ese momento procesal; es decir, claramente, comprendido como el estadio entre la presentación del escrito acusatorio y la iniciación del juicio oral, puede llegarse a preacuerdos entre las partes en la audiencia de formulación de acusación; esto es, a solicitud de las partes, el juez determinará el viraje en el desarrollo de la diligencia, con el fin de socializar un preacuerdo, en vez del acto acusatorio.

Sin embargo, como se decía, no resulta afortunado acudir en esa sede a un allanamiento a cargos unilateral, pues, de un lado, es del caso reafirmar la trascendencia del acto de acusación, entendido desde su formulación oral, como momento procesal que no sólo determina, en congruencia, los cargos que constituirán la teoría del caso y eventual solicitud de condena de la fiscalía en juicio oral, sino, además, constituye dicho acto procesal, la materialización del descubrimiento probatorio de la fiscalía, como fundamento del principio de igualdad de armas y presupuesto del derecho de contradicción por parte de la defensa; y, de otro lado, al establecerse en dinámica procedimental que, precisamente, es la audiencia preparatoria el momento procesal para propiciar dicho allanamiento –*art. 356, num. 5-*, es necesario explicitar que ello no deviene gratuito, pues, se trata de la adecuación del trámite, de parte de la labor de cargo, a la plena observancia del derecho de defensa y por demás, del principio constitucional de la presunción de inocencia, a partir de la obvia dimensión que, tras el descubrimiento probatorio de la acusación y la enunciación que del mismo tenor tiene lugar de manera inicial en la audiencia preparatoria, tendrá la defensa respecto de la pretensión punitiva de su contraparte, vale decir, sólo allí podrá establecer si es tal, la intención de allanarse a los cargos objeto de acusación, por demás, se trata de la misma rebaja de una tercera (1/3) parte de la pena, aún de optar por esta clase de contraprestación en audiencia de acusación.

Entonces, perfectamente se puede pre-acordar dicha modalidad de rebaja en audiencia de formulación de acusación, pero, se estima que si de allanamiento a cargos se refiere, bien puede estimarse propicio el correspondiente momento procesal de la audiencia preparatoria, donde se cuenta con idénticas bondades en términos de rebaja de pena y con una mejor dimensión de las posibilidades probatorias de la contraparte fiscalía.

Además, es claro, el arribo a la formulación de acusación, está determinado por la estimación de la defensa, de no aceptar cargos de manera precedente y ya se ha superado el estadio procesal de presentación del escrito acusatorio, el cual, como se verá, reviste notoria incidencia en esa delimitación de tales espacios, de cara a la aceptación de cargos, vía unilateral o bilateral.⁴⁴

⁴⁴ A este respecto, se ha pronunciado la Corte de manera reciente, en decisión 49678 del 26 de abril de 2017, M.P. Éyder Patiño Cabrera: *“Sea esta la ocasión para resaltar que, razón le asistió al juez cognoscente cuando no le dio trámite a la petición de aceptación de cargos elevada por la defensa del implicado durante la audiencia de formulación de la acusación, pues, en efecto, como lo ha venido clarificando la jurisprudencia de la Corte (CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31063; CSJ AP, 29 sep. 2010, rad. 34.939; CSJ AP 2 ag. 2011, rad. 36690), la*

3.1.2.3.3. INTERREGNO ENTRE IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN.

Deviene en tales condiciones un interrogante, referente a la contraprestación dimensionada en el interregno procesal comprendido entre la imputación ya formulada y la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, pues, resulta claro, la aceptación de cargos pura y simple en la audiencia de imputación, es constitutiva de la mayor rebaja del cincuenta por ciento (50%) y luego de presentado el escrito acusatorio, el preacuerdo deriva en una rebaja del treinta y tres punto treinta y tres por ciento (33.33%), o lo que es lo mismo, una tercera (1/3) parte de la pena a imponer.

De ahí que, se hace evidente, el preacuerdo concebido con posterioridad al acto de imputación y previo a la presentación del escrito de acusación, determina, en términos del artículo 351, inciso 1 *ibídem*, una rebaja de hasta la mitad (1/2) de la pena a imponer; esto es, una contraprestación equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la pena imponible, habría de exceder levemente en el calendario a la audiencia de imputación, en perspectiva de desgaste del aparato jurisdiccional; en tanto que, un mayor trasegar, hasta ese momento ulterior de la fase instructiva, inherente a la presentación del escrito acusatorio ante el juez de conocimiento, determinará una ponderación de la rebaja, cada vez más cercana a la inherente al momento procesal subsiguiente y equivalente al treinta y tres punto treinta y tres por ciento (33.33%); así, un preacuerdo concebido en este interregno, habrá de ponderar una contraprestación entre la mitad (1/2) y la tercera (1/3) parte de la pena a imponer, según se haya aproximado ese límite procesal de la sede de conocimiento.

En cuanto a la concesión de rebaja de hasta la mitad (1/2) de la pena a imponer, en dicho interregno correspondiente entre la formulación de imputación y la presentación del escrito de acusación, se ha pronunciado la Corte en decisión 24529 del 29 de junio de 2006⁴⁵. En efecto, se tiene que se trata de una rebaja que habrá de ponderarse entre esa tercera (1/3) parte atinente al siguiente espacio procesal y la mitad (1/2) de la pena; sin embargo, en decisión 40766 del 11 de diciembre de 2013⁴⁶ y en alusión a la providencia 30864 de 2008, la Corte incursiona en fundamentos referentes a la gradualidad de la rebaja de pena, extensivos a los parámetros que para la individualización de pena establece el artículo 61 del Código Penal; esto es,

Ley 906 de 2004 no definió ese acto procesal como una de las diligencias para proceder en tal sentido.”.

⁴⁵ M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁴⁶ M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

“la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”, el mayor grado de aproximación al momento consumativo en la tentativa o de eficiencia en la contribución o ayuda en la complicidad.

En consideración de la Corte, dicha graduación de la rebaja de pena no puede someterse al arbitrio o capricho del juez y por lo que se acude a dichos parámetros de individualización de pena para la determinación del monto de rebaja, empero, se estima que, aun cuando, de manera obvia se trata de una ponderación que ha de ser motivada por el juez, lo cierto es que la naturaleza de dicho monto obedece, precisamente, en términos de estadios procesales, al mayor o menor desgaste jurisdiccional ocasionado; de ahí que, una rebaja de pena en el primer momento procesal resulte mayor a la de los subsiguientes episodios, por ende, no se comparte un fundamento de ponderación según el cual, unas determinadas condiciones de menor gravedad de la conducta generen una mayor rebaja de pena, respecto de otra conducta que aun considerándose más grave, haya propiciado un menor desgaste judicial por la temprana aceptación de cargos. Es pues, a todas luces más afortunado, el criterio atinente al mayor o menor desgaste jurisdiccional.

Ahora, el estadio procesal en cuestión, también ha sido objeto de discusión en perspectiva de las tesis asumidas por la Corte. Es así que, en decisiones 26309 de 2007, 34022 de 2011, 38256 de 2012 y 45778 de 2015, se estimó que el ámbito de aceptación de cargos correspondiente a la presentación de la acusación, estaba circunscrito a la concepción de ésta como un acto complejo, esto es, compuesta por la presentación del escrito y la correspondiente formulación oral en audiencia; de ahí que, era en este último momento procesal, que habría de concebirse el interregno previsto en el artículo 352, referente a la aludida rebaja de una tercera (1/3) parte de la pena a imponer; sin embargo, en decisión 29617 de 2008, al dilucidarse los espacios procesales para la concesión de rebajas de pena por aceptación de cargos, se había estimado que era la presentación del escrito, que no su formulación, el momento inherente a dicho ámbito procesal; este último criterio fue reafirmado en providencia 37562 del mismo año y se consolidó como actual línea de pronunciamiento, a través de decisiones 36502 de 2011, 38903 y 39092 de 2012, T-68482 de 2013, 46688 de 2015, 43556 de 2016 y 46507 de 2017; se concibe pues la formulación de acusación como un acto complejo, mas, el momento procesal demarcado está determinado por la presentación del escrito acusatorio.

Y es que, retomando la anterior discusión, atinente al objeto propio de la audiencia de acusación y la inconveniencia de propiciar en esa sede un allanamiento a cargos, valga reivindicar tal postura, en el sentido que, hacer extensiva la tesis de la acusación como acto complejo, para diferir a su formulación el momento procesal de que trata el artículo 352 *–rebaja de una tercera (1/3) parte–*, desvirtúa en un todo dicha estructura de aceptación de cargos en orden a los correspondientes episodios, ya que, sin más, se viabiliza una rebaja superior a esa tercera (1/3) parte de la pena, hasta la audiencia de formulación de acusación, y se propiciaría un allanamiento a cargos en una audiencia que no está prevista para esos fines, pues, justamente, el momento culmen para tal efecto es la presentación del escrito, al margen que, de manera obvia, el acto de acusación como tal, supone un acto complejo entre, presentación de escrito y formulación oral.

3.1.2.3.4. SEDE DEL JUICIO ORAL.

3.1.2.3.4.1. DECLARACIÓN INICIAL DE INOCENCIA O CULPABILIDAD.

En este episodio se establece una más de las modalidades de negociación, cual se trata de las manifestaciones pre-acordadas en la sede del juicio oral; al respecto, bien vale reiterar que, en relación con los diferentes estadios procesales, queda claro pues que el convenio relacionado con la rebaja de pena, puede tener lugar tras la audiencia de formulación de imputación y antes de la presentación del escrito acusatorio *–art. 351 ib.–*; e, igualmente, entre este último momento procesal y previo a emitirse una declaración inicial por parte del acusado en el juicio oral *–art. 352 ib.–*; sede ésta en la que, de conformidad con la preceptiva establecida en el artículo 367 *ibidem*, habría de obtenerse de parte de aquél, previa advertencia a cargo del juez, en torno de las garantías de guardar silencio y no auto-incriminarse que le asisten, una declaración de inocencia o culpabilidad; la cual, por demás, en consonancia, como se verá, con la regulación prevista en el canon 353 *ibidem*, puede ser mixta o parcial; así, entonces, según se anunciaba respecto de este momento procesal, el acusado, *“De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. –art. 367, inc. 2 ib.–”*; monto que, en la misma medida, determina la contraprestación de llegarse a una manifestación pre-acordada en torno de rebaja de pena en este ámbito procesal *–juicio oral–*.

Así mismo, se sigue la normativa en cita –*art. 367, inc. 3 ib.-*: “Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.”.

Además, establece el canon 368 *ibídem*, en su inciso 2: “De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.”.

3.1.2.3.4.2. PREACUERDO EN SEDE DEL DEBATE PROBATORIO.

Podría asumirse que, de llegarse a obtener una declaración inicial de inocencia en la sede del juicio, según los términos anotados, lo que a espacio determinaría la presentación de las teorías del caso a cargo de las partes, fiscalía y defensa –*art. 371 ib.-*, pues, en ese orden, sería dicho episodio de alegatos de apertura, el que enmarcaría el encausamiento ordinario de la actuación, a través de la eventual aducción de estipulaciones probatorias, como prefacio del correspondiente debate probatorio en el juicio oral.

Por ende, tras dichas teorías del caso, no sería la confección de un preacuerdo, la actuación que le esté dada a las partes, no obstante, se considera que en razón de las complejidades inherentes al desarrollo del juicio, bien puede concebirse una eventual negociación, incluso, en el transcurso del debate probatorio; v. gr, ante una tardía comparecencia del acusado en la sede del juicio y que ello incida a esa altura procesal en la configuración de un preacuerdo, pese a que su supuesta renuencia a comparecer al comenzar dicha audiencia, hubiere determinado una declaración inicial de inocencia –*art. 367, inc. 3 ib.-*; o en el evento en que cierta aducción probatoria, como la declaración de un testigo, determine un significativo viraje en las teorías del caso de las partes, como para optar en esa medida por llegar a un preacuerdo, bien sea, por obvia conveniencia para los intereses del acusado o porque simplemente la fiscalía vea colmada su pretensión punitiva a través de la negociación y considere en esa medida innecesario estar al devenir del debate probatorio. Son vastas, pues, las posibilidades que en la praxis judicial, la sede del juicio oral se vea interrumpida por un preacuerdo⁴⁷.

⁴⁷ Dicha postura, podría reafirmarse en el precedente de la Corte, a propósito de la ya referida decisión 41570 de 2013. Como aspecto tangencial de aquella decisión, se tiene que

3.1.2.3.4.3. MANIFESTACIONES PRE-ACORDADAS.

Ahora, pese a que la temática que se desarrolla en torno de los diferentes episodios procesales, se enmarca en la modalidad de rebaja de pena, no obstante, como modalidad autónoma circunscrita a la sede del juicio oral, se establecen las manifestaciones pre-acordadas.

Al respecto, valga recapitular entonces que, tal como se había demarcado en los acápites referentes al ámbito de negociación, el mismo está determinado según los diferentes episodios procesales, esto es, acorde al correspondiente estadio procesal en que el convenio tenga lugar, toda vez que se trate de la modalidad de negociación atinente a la rebaja de pena; sin embargo, es pertinente, a manera de compendio del anterior análisis, alusivo a las diferentes clases de preacuerdos, precisar que las restantes modalidades, conforme a las regulaciones analizadas en precedencia –*arts. 350, inc. 2 y 351, inc. 2 ib.-*, estarían ya referidas a una condición más benéfica –*v. gr., la eliminación de una o varias causales de agravación-*, eliminación de algún cargo específico, readecuación de la conducta a una tipicidad más benigna –*en observancia del núcleo fáctico de imputación, tal como se dejara sentado de manera antecedente-*, deducción de una atemperante punitiva, determinación de la sanción penal –*que como se decía, puede reportarse o no benigna, en términos de la pretensión punitiva que maneje la fiscalía-*, determinación de sustitutos penales, reconocimiento de la libertad, mecanismos post-delictuales; y, manifestaciones pre-acordadas entre las partes, como modalidad inherente a la sede del juicio oral –*art. 369 ib.-*.

Así pues, más allá de las eventualidades que pueden derivar del desarrollo del juicio, en cuanto a la declaración inicial de culpabilidad por parte del acusado, bien vale explicitar la consagración de las manifestaciones de culpabilidad pre-acordadas entre las partes, como una de las modalidades de acuerdo, prevista en el artículo 369 *ibidem*, de la mano de la previsión

la Corte en sede de segundo grado, confirmó la improbación de un preacuerdo en razón de aspectos accesorios del mismo, mas, en relación con los puntos principales de la negociación, es estimó su legalidad, aun cuando tuvo lugar con posterioridad a la instalación del juicio oral, esto es, luego de obtenerse una declaración inicial de inocencia de parte del acusado. En el mismo sentido, vía salvamento de voto, el Magistrado Eugenio Fernández Carlier, en decisión 46684 del 23 de noviembre de 2016, establece la viabilidad de estructurar preacuerdos en dicho interregno procesal, bajo la modalidad que denomina “Preacuerdo sin rebaja de pena”: “El legislador no prohibió la celebración de preacuerdos entre la presentación de la teoría del caso por la Fiscalía y antes de proferirse el anuncio del sentido del fallo.”.

contenida en el canon 368 *ib.*, a propósito de las condiciones de validez de la aludida declaración prevista en el artículo 367 *ib.-*. En efecto, prevé el anunciado artículo 368, en su inciso 1:

“De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía.”.

Desde luego, se consagra pues ese espacio procesal propicio para la confección de preacuerdos entre las partes, fruto de la declaración inicial de culpabilidad por la que puede optar el acusado; y, a espacio seguido, consagra el artículo 369, inciso 1 *ibídem*, en punto de las anunciadas manifestaciones de culpabilidad pre-acordadas:

“Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere.”.

De ahí que, pese a que la norma confluye entre aceptación unilateral y bilateral, logra corroborarse la viabilidad de la confección de preacuerdos en la sede del juicio oral, a partir de la declaración de culpabilidad por parte del acusado, pero, además, en vista de esa composición dual de preacuerdo, que igualmente se establece para este tipo de manifestación de responsabilidad.

Al respecto y como previsión de vertical trascendencia en el evento de no admitirse por el juez dicha manifestación de culpabilidad, se sigue la referida consagración normativa –*art. 369, inc. 2 ib.-*: *“Si la manifestación fuere aceptada por el juez, se incorporará en la sentencia. Si la rechazare, adelantará el juicio como si hubiere habido una manifestación inicial de inocencia. En este caso, no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas. Esta información tampoco podrá ser utilizada en ningún tipo de proceso judicial en contra del acusado.”* –*ccia. art. 8, lit. d) ib.-*.

Adicionalmente, como colofón de esta última modalidad de terminación consensuada del proceso, a través de las manifestaciones pre-acordadas, establece el artículo 370 *ibídem*, en punto de la decisión del juez: *“Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena*

superior a la que ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 447 de este código.” –audiencia de individualización de la pena y sentencia-.

3.1.3. EXIGENCIAS, LÍMITES Y PROHIBICIONES.

3.1.3.1. RESARCIMIENTO EN ILÍCITOS QUE IMPLIQUEN INCREMENTO PATRIMONIAL.

Establece el artículo 349 *ibídem* como parámetro de improcedencia para la celebración de preacuerdos o negociaciones con el imputado o acusado, en aquellas actividades delictivas que determinen la obtención de un incremento patrimonial de parte del sujeto activo de la infracción penal, que no se podrán llevar a efecto dichas negociaciones con la fiscalía, en tanto no se dé el reintegro, cuando menos, del cincuenta por ciento (50%) del valor equivalente al incremento percibido, a más que se asegure el recaudo del respectivo remanente.

Así mismo, el artículo 351 *ibídem*, en su inciso último, consagra como aspecto extensivo a la anterior limitante aludida, que la reparación efectiva a la víctima fruto de los preacuerdos –*se trate o no de reparaciones referidas al ilícito incremento patrimonial del infractor-*, puede ser aceptada por el interviniente procesal, víctima, quien, en caso de rehusar tal reparación, podrá acudir a la acción judicial que corresponda.

Por ende, si bien se tiene como presupuesto del preacuerdo en delitos que impliquen un incremento patrimonial, el resarcimiento del perjuicio ocasionado, no obstante, la reparación que devenga de la negociación en cualquier clase de delito, que obviamente ocasione algún perjuicio respecto de una víctima en concreto, puede ser aceptada por ésta, o en su defecto, habrá de acudir a la respectiva acción judicial, con obvio énfasis en el incidente de reparación integral dentro del proceso penal –*arts. 102 y ss. ib.-.*

Tal como se aludiera en líneas precedentes y a propósito del connotado ‘*caso Nule*’, valga reiterar pues la nueva línea de pronunciamiento de la Corte, cimentada en las decisiones 21954 y 21347 de 2005, 38806 de 2014 y 39831 de 2017⁴⁸, a propósito del anunciado parámetro de resarcimiento patrimonial de la víctima, como presupuesto no sólo para la aprobación del

⁴⁸ M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

preacuerdo, sino, asimismo, del allanamiento a cargos, concebido en esa tesis como otra de sus modalidades.

Igualmente, se establece en el antedicho criterio jurisprudencial, como parámetro para la graduación de la rebaja de hasta la mitad (1/2) de la pena a imponer, la contribución del acusado a la reparación del perjuicio ocasionado con la ilicitud; esto es, la rebaja habrá de ponderarse, según se haya hecho efectivo dicho resarcimiento a la víctima. Se retoman pues, planteamientos dilucidados en anterior acápite, a propósito de los aspectos a tener en cuenta en la estimación de la rebaja; sin embargo, en este precedente sí se destaca la consolidación de la actividad investigativa de la fiscalía, vale decir, el desgaste jurisdiccional en que se ha incurrido, como parámetro connatural que aquí se reivindicara para efectos, precisamente, de esa ponderación de la rebaja de pena.

De otro lado, bien vale destacar este presupuesto de la aprobación de preacuerdos, atinente a la reparación del perjuicio causado a la víctima con la ilicitud, como argumento para consolidar una línea de pronunciamiento que será objeto de posterior análisis, en perspectiva de las modalidades de preacuerdos y de cara a las consecuencias que irradia la negociación, sobre la respectiva declaratoria de responsabilidad penal, con énfasis en los derechos de las víctimas.

Es así que, a través de las decisiones 43356 del 3 de febrero, 45736 del 24 de febrero, 45181 del 9 de marzo, 46101 del 1° de junio, y 46684 del 23 noviembre de 2016, y 48293 del 25 de enero de 2017, se asume mayoritariamente por la sala de casación, que en los casos de readecuación típica o degradación de responsabilidad vía preacuerdo, la condena ha de estar referida a esa modificación de la calificación jurídica, esto es, no ha de declararse responsabilidad penal por el delito cometido, sino, por el pre-acordado. Se trata pues, de una línea de decisión que presenta una férrea oposición en salvamentos de voto de los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y Patricia Salazar Cuéllar, en el sentido que el preacuerdo está referido a una imposición de pena, pero la condena ha de conservar la calificación correspondiente con la delimitación fáctica, a fin de preservar los intereses de las víctimas, entre otras muchas circunstancias; sin embargo, valga reivindicar aquella postura, a partir del presupuesto en trato en delitos que impliquen incremento patrimonial –*art. 349 C.P.P.*–, pues deviene evidente que, de arribarse a una declaratoria de responsabilidad por el delito pre-acordado, la negociación previamente hubo de superar el filtro correspondiente a la reparación parcial del perjuicio ocasionado con la ilicitud y el aseguramiento del remanente, como parámetro para la respectiva aprobación.

3.1.3.2. SINGULARIDAD DEL BENEFICIO PUNITIVO.

De igual forma, acorde a la consagración dispuesta en la normativa que se referenciaba en acápite anterior –*art. 351, inc. 2 ib.-*, se establece como limitante que, en caso de evidenciarse un cambio favorable para el imputado en términos de la pena a imponer, el mismo será la única compensación fruto del convenio; e, igualmente, dicha negociación hará las veces de acusación ante el juez de conocimiento.

Se prevé pues, la dimensión de un solo cambio favorable en términos de la pena por imponer, como un presupuesto específico de procedencia, referido a las negociaciones relacionadas con la rebaja de pena, eliminación de una o varias causales de agravación o de un cargo específico, readecuación de la tipicidad en orden a una pena menor, deducción de una atemperante punitiva, la determinación como tal de la pena o cualquiera otra manifestación pre-acordada en la sede del juicio –*que no la concesión de sustitutos penales o el reconocimiento de la libertad, los cuales no inciden en sí en la pena a imponer*⁴⁹, *como tampoco, las rebajas producto de mecanismos post-delictuales, según lo expuesto en precedencia-*.

3.1.3.3. ADICIÓN DE CARGOS.

Así mismo, en perspectiva de las limitantes establecidas en la confección de los preacuerdos y como derivación de las anunciadas modalidades, prevé el artículo 351, inciso 3, que en aquellos eventos en que la Fiscalía, a partir de sobrevinientes medios de conocimiento, proyecte una nueva formulación de cargos, más gravosos que los formulados en la imputación, serán estos nuevos cargos, los que determinen la negociación; esto es, la variación de los cargos a través de una nueva imputación o en la audiencia de

⁴⁹ Al respecto, se ha pronunciado la Corte en la ya referida decisión 41570 de 2013, por demás, en alusión a la providencia 31531 del 8 de julio de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas: “Igualmente, conforme a lo anteriormente expuesto, resultaba legalmente admisible que se pactara el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por cuanto a más de encontrarse dentro del ámbito de los preacuerdos aquellas negociaciones referidas a la modificación en las condiciones para la ejecución de la pena privativa de libertad, se comprende sin dificultad que con su reconocimiento en el sub júdice no se vulnera la limitante consagrada en el inciso segundo del artículo 351 del C.P.P. (...) puesto que los subrogados y beneficios judiciales o administrativos no hacen parte del factor pena *ni se constituyen en elemento para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena.*”.

formulación de acusación como posterior episodio procesal, determina el marco de la negociación, que no la inicial imputación formulada.

En todo caso, como compendio de la anterior limitante y las que se exponen a continuación, ha de enfatizarse en que a la fiscalía le asiste el deber de imputar y acusar en términos de corrección, esto es, no podrá efectuar una imputación sin fundamento fáctico, como tampoco una acusación contraevidente con los términos del primer acto comunicacional, por ende, entraría en extravío un preacuerdo surgido de una variación de cargos favorable en la acusación, en esas condiciones, pues, claramente se estaría a un doble beneficio en relación con la pena por imponer, uno derivado de los cargos mutados en la acusación –*sin base fáctica para ello*- y otro fruto del correspondiente preacuerdo.

Ahora, deviene ciertamente problemática, una concepción que hace carrera en el precedente jurisprudencial y atinente a la equiparación del acta de preacuerdo con la acusación, para lo cual se reivindica la absoluta autonomía que le asiste a la fiscalía en su confección de la pretensión punitiva, bajo única cortapisa, del principio de congruencia, es decir, se sostiene que la fiscalía cuenta con la abierta posibilidad de variar los cargos materia de imputación, en la acusación o vía preacuerdo, toda vez que se advierta consonancia con la base fáctica imputada.

Así lo explicita la Corte en decisión 43436 del 28 de octubre de 2015⁵⁰, en el sentido que la fiscalía puede modificar los cargos imputados en el acta de preacuerdo, a manera de acusación.

Se estima pues que, efectivamente le asiste a la fiscalía completa autonomía en la configuración de su pretensión punitiva, vía preacuerdo o acusación y que al juez le está vedada su intromisión en dicho acto de parte, so pena de afectación del principio de congruencia, tal como recientemente lo ha explicitado la Corte en decisión 49209 del 8 de noviembre de 2017⁵¹, sin embargo, de cara a esa terminación anormal del proceso, no se puede perder de vista que, es precisamente la base fáctica imputada, el baremo para establecer cuál es la contraprestación fruto de la aceptación de cargos; entonces, sí puede variarse el cargo imputado con miras a un eventual preacuerdo, siempre que se advierta que tal variación no se erija en un plural beneficio, tal como se expuso en el anterior acápite; en otras palabras, la base fáctica imputada se constituye en el fundamento de la negociación,

⁵⁰ M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁵¹ M.P. José Luis Barceló Camacho.

pues la modificación de la imputación, a manera de acto acusatorio, precisamente se constituye en la contraprestación pre-acordada.

Contrario sensu, si en su autonomía y en observancia del principio de congruencia, la fiscalía determina variar los cargos imputados en la acusación, ya se dijo, por corresponderse dicha variación con el sustrato fáctico imputado, la misma no puede constituir la compensación del acuerdo; ello, claramente, reportaría la afectación de garantías fundamentales, ya que, unos son los efectos premiales y otros, los atinentes a la variación de la calificación jurídica; por tanto, se insiste, si no existe base fáctica para sostener la variación, la misma se erige como el beneficio fruto del preacuerdo, que no como una variación en la acusación que se sume a otra indebida concesión; y a la inversa, de subsistir dicho fundamento fáctico, bien puede considerarse la nueva calificación jurídica como variación en la acusación, que a su vez se sume a un beneficio que sí constituya la contraprestación derivada del preacuerdo⁵².

3.1.3.4. OBSERVANCIA DE GARANTÍAS Y DERECHOS.

Establece el artículo 283 *ibídem*: ***“Aceptación por el imputado. La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga.”***

Así, a propósito de las exigencias inherentes a la aceptación de cargos, se prevé en el artículo 351, inciso 4 *ibídem*, la imperiosa observancia en la confección de los preacuerdos, de las garantías fundamentales, entiéndase, prerrogativas legales y constitucionales radicadas en cabeza del ciudadano acusado; o, como se verá, del ciudadano víctima; por demás, como expresa consagración del control material que, de la negociación, recae en el juez de conocimiento y en perspectiva de las referidas garantías: ***“Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”***

Así, en orden a las garantías que le son inherentes al destinatario de la pretensión punitiva del Estado y de cara a este esquema de preacuerdos y negociaciones, bien vale traer a colación, en perspectiva de la garantía constitucional del debido proceso, como fundamento del derecho de defensa,

⁵² En este sentido, asimismo se ha pronunciado la Corte, en decisión 42450 del 21 de enero de 2015, M.P. Éyder Patiño Cabrera.

la preceptiva establecida en el artículo 8, literal d) *ibídem*, según la cual, “*En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: (...) d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse; (...)*”; clara pues la prerrogativa aludida, en punto a la imposibilidad para el ente acusador o la función jurisdiccional, de explotar cualquier intento de negociación que se hubiere visto frustrado, obviamente, en contra del acusado y con fines de declaratoria de responsabilidad penal⁵³.

En idéntico sentido, si lo que deriva del control material ejercido por el juez de conocimiento, es el rechazo del preacuerdo propuesto por las partes, establece asimismo el artículo 317, parágrafo 2 *ibídem*, en torno de las causales de libertad provisional previstas en los numerales 4 y 5 de la norma en mención, y referentes a supuestos de vencimiento de términos, que se restablecerán los términos, precisamente, con miras a la configuración de la respectiva causal liberatoria; regulación que, correlativamente, sugiere entonces la suspensión de términos, para tales efectos liberatorios, dada la presentación del convenio ante el juez de conocimiento.

De igual forma, en clave de las garantías radicadas en cabeza del acusado, resulta ineludible hacer referencia a los derechos contenidos en los literales b), k) y l) de la normativa que se viene de aludir –*art. 8 ib.-*: “*b) No auto-incriminarse (...) k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate; (...) l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.*”; prerrogativa esta última, cuya consagración fuera objeto de exequibilidad en el mismo pronunciamiento aludido en precedencia, Sentencia C-1260 de 2005, de conformidad con las consideraciones allí consignadas: “*Por consiguiente, la renuncia a un juicio en las condiciones consagradas en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, debe interpretarse amónicamente con las demás disposiciones de la ley 906 de 2004, y por lo*

⁵³ Al respecto, se ha pronunciado la Corte en decisión 43526 del 24 de febrero de 2016, M.P. José Luis Barceló Camacho.

*tanto cumplir con las garantías legales y constitucionales como las que refieren a que i) el imputado debe estar asesorado por su defensor (art. 368 de la Ley 906), ii) los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso, (arts. 131 y 368 de la Ley 906) para lo cual, iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (art. 131 de la Ley 906), iv) debe contarse con la presencia del Ministerio Público, v) los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado (art. 351-4 de la Ley 906), ya que vi) de advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 368 de la Ley 906), entre otros señalamientos.”; lo anterior, en obvia consonancia de la preceptiva establecida en el artículo 131 *ibídem*, según allí se reseñara⁵⁴.*

En tal sentido, acorde a los principios rectores y garantías procesales, previstos en el mismo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004–, establece el artículo 10, en punto de la actuación procesal y a propósito de las facultades que recaen en el juez de conocimiento, en perspectiva de los poderes correctivos y la dirección del proceso, aunque en referencia a las estipulaciones probatorias, pero extensivo el análisis a los acuerdos genéricamente concebidos entre las partes: *“El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.”*

Por lo demás, valga explicitarlo, resulta de imperiosa observancia en la confección de los preacuerdos, la asistencia del defensor del imputado o acusado –art. 354, inc. 1 *ib.*–.

3.1.3.5. RETRACTACIÓN.

Igualmente, con sujeción a los parámetros limitantes de la configuración de los preacuerdos y en punto del control material que respecto de dichas

⁵⁴ A este respecto, asimismo se ha pronunciado la Corte Suprema en providencia 45826 del 24 de mayo de 2017, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya y en alusión a las decisiones 46449 del mismo año, 29978 de 2008 y 25108 de 2006, a propósito de la ausencia de vicios del consentimiento y carente afectación de garantías fundamentales, como presupuesto de procedencia de la aceptación de cargos.

negociaciones le asiste al juez de conocimiento con miras a la aprobación o rechazo del respectivo convenio, aunque asimismo en dimensión de las garantías radicadas en el ciudadano acusado, es del caso hacer alusión al examen inherente al funcionario judicial de conocimiento, bien sea, ante el acto unilateral de allanamiento a cargos o a partir de un preacuerdo, teniendo como norte la verificación de las garantías anunciadas en precedencia –*art. 293, inc. 1 ib.-*: “*Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.*”; y, es precisamente, con base en la efectiva afectación de las garantías radicadas en el acusado, que puede dimensionarse el supuesto de retractación respecto de la aceptación de cargos, acorde al párrafo de la referida normativa, adicionado por la Ley 1453 de 2011, artículo 69: “*La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vicio –sic- su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales*”.

En perspectiva del precedente jurisprudencial, es clara la línea de decisión de la Corte, en punto de la irretractabilidad de la aceptación de cargos, vía allanamiento o preacuerdo, excepto, ante la estricta constatación de afectación de derechos legales o constitucionales; así se desprende de consolidada línea de pronunciamiento, con asidero en las decisiones 34699 y 39834 de 2014, y de manera más reciente en providencias 39831 y 45495 de 2017. En esta última, se alude en igual sentido, a la decisión 49411 de la misma anualidad.

Además, tal como se había expuesto de manera precedente, en torno de la asimilación de los presupuestos de índole civil en la configuración de preacuerdos, la decisión 39025 de 2013, en alusión a las providencias 40053 del mismo año y 28433 de 2007, destaca la excepcional retractación de la aceptación de cargos, de conformidad con las causales que vician el consentimiento, previstas en el Código Civil, artículo 1508 –*“error, fuerza y dolo”*-; además, se relleva para tal efecto, que se presume el conocimiento de la ley –*art. 9 ib.-*.

De igual forma, se hace extensiva la irretractabilidad del convenio, a la parte fiscalía, en el sentido que, asimismo, no le está dado al ente acusador, dimitir

en los términos de la negociación. Así lo establece la Corte en decisión 42915 del 30 de septiembre de 2015⁵⁵.

3.1.3.6. MÍNIMO INFERENCIAL DE TIPICIDAD Y AUTORÍA O PARTICIPACIÓN.

Por otra parte, en cuanto a estos presupuestos de procedencia de las negociaciones entre las partes, es categórica la preceptiva establecida en el artículo 327 *ibídem*, si bien, en relación con la aplicación del principio de oportunidad, no obstante, dicha normativa se hace extensiva a la aprobación de preacuerdos, particularmente, en su inciso 3, y en orden a reivindicar la garantía de presunción de inocencia, a la par con la aducción de mínimos medios inferenciales que den cuenta de los parámetros de autoría o participación, y tipicidad de la conducta: *“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.”*; ello, de manera obvia, demarca una carga para el ente acusador, en tanto habrá de adosar a la respectiva manifestación de preacuerdo, los medios de conocimiento que sustenten su pretensión punitiva, en perspectiva de autoría o participación, y tipicidad.

Si bien se desarrollará *in extenso* este presupuesto, de cara al fundamento de legalidad que deviene de auscultar la base fáctica de la negociación, precisamente, como parámetro de irrestricta observancia en la confección de la pretensión punitiva de la fiscalía y en punto de la aprobación de preacuerdos, baste por ahora dar cuenta del aporte jurisprudencial de la Corte a propósito de dicha exigencia y según la línea de decisión que se sostiene al día de hoy, tal como se constata de manera reciente en decisiones 50190 y 46449 de 2017 *-alusivas a ese mínimo inferencial como fundamento para desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que de estarse al mismo, la aceptación de cargos demanda su aprobación a manera de confesión, de lo contrario, ha de improbarse el preacuerdo para salvaguardar dicho principio-*; referenciada esta última en la 45826 del mismo año y que alude así mismo a este respecto, a las decisiones 25108 de 2006 y 39979 de 2008. En igual sentido, la decisión 41570 de 2013, en referencia a las providencias 21347 de 2005 y 25389 de 2006, destaca el carácter ineludible del presupuesto en trato; criterio reafirmado por demás, en sendos

⁵⁵ M.P. José Luis Barceló Camacho.

salvamentos de voto de las providencias 46684 de 2016 y 48293 de 2017, en alusión también a la decisión 40972 de 2014.

3.1.4. REGLAS COMUNES.

3.1.4.1. ENCAUSAMIENTO ABREVIADO, AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA.

Establece el artículo 351, inciso 5 *ibídem*, la definición de la fase de conocimiento, a través del encausamiento abreviado de la actuación procesal, por vía de los preacuerdos logrados entre las partes, los cuales, una vez fueren objeto de aprobación por el juez de conocimiento, darán lugar a que se convoque a audiencia para la emisión de decisión de mérito –*audiencia de individualización de la pena y sentencia (art. 447 ib.)*–.

Igualmente, en punto del encausamiento abreviado a través de los preacuerdos entre las partes, establece el inciso 2 de la norma en cita –*art. 354 ib.*– que: “*Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este código.*”; esto es, de conformidad con la regulación prevista al efecto, en el artículo 447 *ibídem*, a propósito de las solicitudes que les está dado invocar a las partes, en punto del proceso de dosificación de la condena y determinación de sustitutos penales: “*Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado. (...)*”.

En punto de este episodio procesal, es del caso traer a colación el precedente en la materia, en punto del objeto inherente a dicha audiencia de individualización de pena y su ajenidad, en relación con asuntos cuya controversia es propia del debate probatorio en juicio o bien, en consonancia con el supuesto procesal que aquí atañe, debieron dilucidarse en la confección del respectivo preacuerdo o constituir fundamento de la

imputación, si es que de allanamiento a cargos se trata. En este sentido, se pronunció la Corte en decisión 44992 del 21 de enero de 2015⁵⁶.

Se considera que, en efecto, de tratarse de un trámite ordinario, la audiencia de individualización de pena no constituye el escenario idóneo para debatir nuevamente en torno de responsabilidad penal, dado que, con anterioridad a la anunciación del sentido de sentencia de carácter condenatorio, hubo de tener lugar el correspondiente debate probatorio en sede del juicio oral, propicio para acreditar esta clase de circunstancias.

Y en punto de allanamiento a cargos o de la terminación consensuada del proceso, la condena está circunscrita, respectivamente, al acto de imputación o acusatorio, o al convenio objeto de aprobación, y de contera, a la pretensión punitiva con base en la cual se edificó el mismo; vale explicitar, se dan por probados los elementos de responsabilidad penal constitutivos de condena.

Es que, por esencia, en la audiencia de individualización de pena, las partes e intervinientes procesales están limitados, pues sólo les es posible referirse a los objetivos allí trazados, como lo son las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y los antecedentes de todo orden en cabeza del justiciable; asimismo, si alguna parte o interviniente lo estimare pertinente, habría de manifestarse respecto de la probable determinación de la pena aplicable o de sustitutos penales, mas, está vedado invocar pretensiones atinentes a la aplicación de institutos o figuras que se circunscriban al ámbito consustancial de comisión de la ilicitud, cuales, se itera, debieron delimitarse probatoriamente, bien sea, en la audiencia de juicio oral o en caso de terminación anticipada del proceso, a través del respectivo preacuerdo o de la formulación de imputación o acusación, en el caso del allanamiento puro y simple.

Al respecto, se extracta del fallo en cita, a propósito de aquellos aspectos inadmisibles de controvertir en dicha diligencia: *“Por lo tanto, se reitera, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es un espacio propicio para alegar circunstancias que puedan afectar los extremos punitivos de la sanción, frente a aspectos que tuvieron incidencia directa al momento de la comisión del delito, tales como los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación, arts. 27 y 29 C.P., respectivamente), la determinación de los delitos continuados o masa (par. art. 31 C.P.), el exceso en las causales de justificación (inc. 2 num. 7° art. 32 C.P.), la situación de*

⁵⁶ M.P. Eugenio Fernández Carlier.

marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 C.P.) y la ira o el intenso dolor (art. 57 C.P.).”.

3.1.4.2. ACEPTACIÓN PARCIAL DE CARGOS.

De otro lado, en consonancia con cualquiera de las antedichas modalidades de preacuerdo, en orden a las contraprestaciones objeto de análisis –*rebaja de pena, eliminación de causales de intensidad punitiva o de un cargo específico, readecuación de la conducta de cara a una tipicidad más benigna, deducción de una atemperante punitiva, determinación de la pena a imponer, determinación de sustitutos penales, reconocimiento de la libertad, mecanismos post-delictuales o manifestaciones pre-acordadas en la sede del juicio oral-*, establece el artículo 353 *ibídem*, tal como se anunciaba precedentemente, la aceptación total o parcial de cargos, en punto al convenio y en torno de uno o algunos de los cargos endilgados; “*En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.*”; no así, de manera obvia, respecto de aquellos cargos que no sean objeto de convenio, lo cual, determinaría la ruptura de la unidad procesal.

Lo anterior, difiere del análisis mismo de legalidad del preacuerdo, cuya aprobación a cargo del juez, podría no ser parcial; es decir, de estimarse la ilegalidad de un aspecto de la negociación, ello determinaría su íntegro rechazo. En este sentido, se ha pronunciado la Corte, a través de la ya referida decisión 41570 de 2013.

Sin embargo, en igual medida, se tiene pronunciamiento en contrario, atinente a los deberes del juez como garante constitucional y en punto a que, de develarse alguna irregularidad, ha de aprobarse el preacuerdo, sólo, en lo que se ajusta a la Constitución y la ley. Así se desprende de la decisión 22759 del 12 de septiembre de 2007, referenciada en la providencia 43356 del 3 de febrero de 2016⁵⁷:

“(…) la aprobación parcial de los preacuerdos es legítima tanto como anular parcialmente los preacuerdos y negociaciones en lo que no se ajusten a la legalidad.

La contracara del asunto: es posible que el acusado acepte parcialmente los cargos; puede hacer declaraciones de culpabilidad mixtas (artículos

⁵⁷ M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

353, 367), en esos casos, los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos “...*para efectos de lo aceptado*”, caso en el cual el decremento punitivo afecta sólo los cargos aceptados.

La Sala encuentra correcta la aprobación parcial de preacuerdos porque en los temas válidamente consensuados se elimina la controversia, porque es una garantía fundamental –*inter partes*– el derecho al proceso sin dilaciones injustificadas. Lo pertinente en tales eventos es la ruptura de la unidad procesal (artículo 53 – 2 del C. de P.P.) y la tasación de la pena por las conductas válidamente consensuadas.”.

Ahora, tal como hará parte integral de posteriores acápite, se suscribe el primer criterio aludido, en el sentido de propiciar una aprobación o rechazo total del preacuerdo, que no parcial, pues al margen de la ruptura de la unidad procesal, como figura que determina esta clase de proceder, lo cierto es que asimismo resulta absolutamente oneroso en términos de desgaste jurisdiccional, dar lugar a una actuación adicional respecto de lo que es materia de rechazo y sin que se culmine efectivamente la actuación, en relación con el asunto aprobado.

Pero es que además, se advierten hondas repercusiones en materia de las garantías inherentes al acusado, cuando se propugna por una aceptación parcial del preacuerdo, sin que fuera esa su intención; es decir, más allá de la cabal verificación en torno de su consentimiento, cual constituye un presupuesto que de manera imprescindible ha de auscultar el juez, lo cierto es que una tal voluntad de pre-acordar, está obviamente dirigida a la confección en su totalidad del preacuerdo, de ahí que, si se produce una negativa respecto de uno de sus acápite, pues simplemente se asalta esa voluntad de negociación en las condiciones que se fraguó la misma; dicho de otra forma, se defraudarían las expectativas depositadas por el acusado en el preacuerdo, entre ellas, a no dudarlo, finiquitar el trámite procesal por vía de aceptación de cargos, para afrontar otra actuación en relación con lo que fue materia de rechazo; de allí que, se estima, el argumento de la Corte respecto de la prevalencia del derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, se cae por su propio peso, al no definirse el asunto, mediante una aprobación parcial que contraría la voluntad del acusado.

Otra cosa es que se sometiera, nuevamente, dicho aspecto susceptible de rechazo, a consideración del acusado, para que, en aquiescencia de la defensa, se asuma sólo el aspecto convalidado, a manera de aceptación parcial, lo cual, de manera palmaria habilita el artículo en cuestión; no obstante, deviene un impacto negativo adicional, en perspectiva de debido proceso y de cara a la imparcialidad como prerrogativa que, en dinámica

acusatoria le es inherente al juez de conocimiento y que, acorde al mismo precedente de la Corte que será objeto de posterior análisis, no resiste esa clase de injerencias a cargo del funcionario juzgador, mas, como se verá, se suscribe una tesis según la cual, el juez puede poner de manifiesto determinada incorrección, sin que en ningún momento impere su parecer, sino, simplemente, de no acogerse la situación por las partes, lo que deviene es el rechazo, desaprobación total de los términos del preacuerdo.

Inconveniente pues, un rechazo o aprobación parcial que tan sólo derivaría en oscuras implicaciones, abiertamente contraproducentes, de cara a los principios y garantías objeto de análisis.

3.1.4.3. DISCREPANCIAS ENTRE DEFENSA Y ACUSADO.

Por lo demás, conforme a la previsión contenida en el canon 354 *ibídem* y asimismo bajo el acápite de reglas comunes, se establece que, de existir discrepancia entre la defensa y su representado, prevalecerá la decisión de éste, previa constancia en el registro de la diligencia.

3.1.5. REFERENTES LEGISLATIVOS RELEVANTES.

En perspectiva de los referentes legislativos con impacto en el sistema de preacuerdos y negociaciones entre las partes, comportan cierta relevancia algunas previsiones, particularmente, referidas al proceso de dosificación de pena, a partir del sistema de cuartos –*art. 61, inc. último, L. 599/00, ad. art. 3, L. 890/04-*, a las prohibiciones inherentes a preacuerdos entre fiscalía y defensa en los procesos de responsabilidad penal para adolescentes, y a las rebajas de pena –*respecto de adultos-*, en virtud de negociaciones relacionadas con ilicitudes en las que figuren víctimas menores de edad –*arts. 157 y 199, num. 7, L. 1098/06-*, a la incidencia en la rebaja de pena, a partir del supuesto de captura en flagrancia –*art. 301, L. 906/04, mod. par., art. 57, L. 1453/11-* a las prohibiciones respecto de un específico catálogo de delitos para la concesión de beneficios y sustitutos penales –*arts. 26, L. 1121/06 y 68A, L. 599/00, mod. arts. 32, L. 1142/07; 28, L. 1453/11; 13, L. 1474/11; 32, L. 1709/14; y, 4, L. 1773/16-*, a las limitantes establecidas en materia del delito de feminicidio –*art. 5, L. 1761/15-* y al reconocimiento de la libertad fruto de preacuerdos y restablecimiento de términos en lo que a causales de esta índole se refiere, ante la improbación del respectivo

convenio, en materia del procedimiento penal especial abreviado –art. 548, L. 906/04, num. 5 y par. 1, ad. art. 25, L. 1826/17-.

3.1.5.1. LEY 890 DE 2004, ARTÍCULO 3.

Prevé el Código Penal en su artículo 61, inciso último –mod. L. 890/04, art. 3-: “El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.”. Obvia, por demás, la inconsistencia que plantea dicha normativa, pues, si bien, de manera evidente y de conformidad con la aludida preceptiva establecida en el Código de Procedimiento Penal, artículo 351, inciso 2, la fiscalía y el imputado pueden llegar a un preacuerdo en torno de los hechos imputados y sus consecuencias, lo cual sugiere, en ese orden, como una más de las modalidades de negociación, según se ha venido demarcando, la viabilidad de pre-acordar, incluso, la pena a imponer, no obstante, es claro que, de cara a las restantes modalidades que determinan la confección de preacuerdos entre las partes y en perspectiva de las diferentes clases de contraprestación, ya sea, a manera de rebaja de pena, eliminación de un agravante o de un cargo específico, readecuación típica, deducción de una atemperante punitiva, determinación de sustitutos penales, reconocimiento de la libertad, mecanismos post-delictuales o alguna otra clase de manifestación pre-acordada en la sede del juicio oral, en cualquiera de estos eventos resulta incontrastable que la imposición de la sanción penal le está dada al juez de conocimiento, sólo en ejercicio de la ponderación que, acorde a la regulación prevista en el mismo artículo 61 del Código Penal, tiene lugar, precisamente, a través del sistema de cuartos de dosificación penal; es que al respecto, baste constatar que tal como se demarcó en precedencia, la determinación de pena se constituye en la única contraprestación fruto de preacuerdos que, en tales condiciones, sustrae al juez de conocimiento de la tasación de la sanción penal, según como había de circunscribirse a esta específica modalidad de negociación, la antedicha regulación del código sustancial penal.

A propósito de la adscripción de la referida normativa, a la específica modalidad de preacuerdo atinente a la determinación de pena, que en esa medida da lugar a la aplicación del sistema de cuartos en negociaciones ajenas a dicha clase de contraprestación, se ha pronunciado la Corte en decisiones 39892, 41683 y 41570 de 2013; esta última, en alusión a la línea de pronunciamiento establecida desde las decisiones 24531 de 2006, 26448 y 28384 de 2007, 29788 de 2008 y 33478 de 2010; planteamientos

reafirmados de manera más reciente en providencias 47871 de 2016 y 44955 de 2017.

3.1.5.2. LEY 1098 DE 2006, ARTÍCULOS 157 Y 199, NUMERAL 7.

Establece a manera de prohibición especial el Estatuto de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006-, en su artículo 157, que *“En los procesos de responsabilidad penal para adolescentes no proceden los acuerdos entre la Fiscalía y la Defensa”*, como limitante inherente a las prerrogativas radicadas en los infractores, menores de edad, respecto de quienes no se hace extensivo el esquema de preacuerdos y negociaciones, por obvias razones de política criminal en relación con la población adolescente y en perspectiva de dicho sistema de responsabilidad penal.

Así mismo, en clave de las garantías radicadas en los menores víctimas en el proceso penal para adultos, establece el artículo 199, numeral 7 *ibídem*, que en cuanto se trate de los delitos de homicidio, lesiones personales dolosas, secuestro y aquellos asociados a la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos contra menores de edad: *“(…) se aplicarán las siguientes reglas: (…) 7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004”*.

De esta manera, se evidencia entonces que, de un lado, la antedicha prohibición en materia de delincuencias perpetradas en contra de la integridad de menores, está referida a un explícito catálogo de delitos, sin embargo, más allá de la deficiente técnica legislativa, que daría lugar a concebir la prohibición sólo respecto de la modalidad de preacuerdos inherentes a la rebaja de pena como contraprestación, resulta evidente que al aludirse de manera genérica a las rebajas de pena derivadas de las modalidades de preacuerdos previstas en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004, pues en ese orden tal prohibitiva claramente se haría extensiva a las clases de negociación previstas en el artículo 350, inciso 2 *ibídem* y alusivas a una condición más benéfica o deducción de cargos más favorable –*eliminación de una causal de intensidad punitiva o de un cargo específico*-, una tipificación igualmente más benigna –*readecuación de la conducta o deducción de una atemperante punitiva*- o determinación de la sanción penal, lo que de manera obvia deviene, genéricamente, se insiste, en una disminución de pena, además de la rebaja de hasta la mitad (1/2) de la pena a imponer, prevista en el artículo 351 *ibídem*. Igualmente, la prohibición se

hace extensiva a la concesión de sustitutos penales –L. 1098/06, art. 199, num. 4 y 8 ib.-.

Ahora, en perspectiva, estrictamente, de la disminución punitiva, asimismo resulta palmario que la prohibición sólo estaría referida a la aludida rebaja de hasta la mitad (1/2) de la pena –art. 351 ib.-; así que, en relación con las rebajas de pena inherentes a preacuerdos logrados en el interregno comprendido desde que es “Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad” –art. 352 ib.- y correspondiente a una rebaja de la tercera (1/3) parte de la pena a imponer, o en caso de optarse como manifestación pre-acordada de las partes en la sede del juicio oral, por la aceptación de cargos a cambio de la rebaja prevista para ese momento procesal, de una sexta (1/6) parte –art. 367, inc. 2 ib.-; éstas, evidentemente no fueron incluidas de manera expresa en la anunciada prohibitiva; en tales condiciones no habría de hacerse extensiva la prohibición a estos efectos.

De ahí entonces que, en consonancia con la máxima *pro homine* en materia de interpretación, que en últimas proscribiera un análisis desfavorable a los intereses del ciudadano acusado, se considera, habría de estimarse inadmisibles una interpretación extensiva, que no restrictiva, de tal prohibición.

No obstante lo anterior, conforme se dilucidará en el acápite subsiguiente y en relación con las limitantes de rebaja de pena a propósito de supuestos de flagrancia, este tipo de extravíos en la consagración legislativa, igualmente incursionan en un plano de desigualdad que contraviene la lógica inherente a la norma; por ende, asimismo resulta plausible acudir a un rango de equiparación en cuanto al objeto de prohibición en un primer instante de formulación de imputación, así como en los estadios procesales consecuentes, pues, de lo contrario, se estaría a un contrasentido al evidenciar la imposibilidad legal de aceptar cargos en un primer momento procesal, para resultar premiado aquél que optare por la misma estrategia en un ulterior estadio y en mayor desgaste jurisdiccional. Así pues, parecería sano asumir un criterio según el cual se suscriba la prohibición en cualquier momento procesal y respecto de las modalidades de preacuerdo atinentes a disminuciones punitivas.

Además, si bien podría incluirse entre estos supuestos marginados de la prohibición en cuestión y en tanto ajeno al ámbito de los preacuerdos, el allanamiento a cargos, como aceptación pura y simple que, en esa medida, al constituir una prerrogativa unilateral del acusado no habría de engrosar tal limitación, no obstante, se estima que, al margen de esa deficiente técnica legislativa en lo que a la consagración de estas figuras de terminación

anticipada del proceso se refiere y en vista que en la normativa referenciada en la prohibición –*arts. 348 a 351 ib.*–, tal como se anunciara en precedencia, se incluye indistintamente el allanamiento a cargos como aceptación unilateral de los mismos, entre las modalidades de preacuerdo allí previstas, al preverse explícitamente para tal evento una rebaja de hasta la mitad (1/2) de la pena a imponer; evidente entonces que, homologadas por el Legislador ambas opciones –*allanamiento y preacuerdos*– en el articulado en mención objeto de la prohibitiva, pues, en tales condiciones, deviene legítimo excluir de la rebaja el supuesto de allanamiento a cargos, cuando de una víctima menor de edad se refiere⁵⁸.

De otro lado, logra reafirmarse una línea de pronunciamiento, a propósito de esta clase de prohibiciones que dan al traste con el sistema de rebajas inherente al esquema de preacuerdos y negociaciones previsto en el sistema penal acusatorio y que, conforme se diera cuenta en anterior acápite, referente al decurso histórico del procedimiento penal colombiano, se cimentó en la estandarización de incrementos punitivos, a través de la Ley 890 de 2004, artículo 14.

De ahí que, acorde al precedente de la Corte, no resulta viable aplicar dichos incrementos punitivos, previstos para el reconocimiento de rebajas de pena en el sistema acusatorio, en aquellos eventos en que se prohíbe este tipo de concesiones; v. gr., en el referente legislativo en trato, Ley 1098 de 2006. Es así que se asume tal criterio en las decisiones 41157 y 43624 de 2014, y 45610 de 2015, referidas en la providencia 47032 de 2016, la cual fuera reafirmada a su vez, en decisión 47143 de 2017. De igual forma, las decisiones 50992, 49265 y 50856 de 2017 sostienen dicha postura; ésta última, en referencia además, en el mismo sentido, a la providencia 37671 de 2015.

Es de anotar que, en relación con la específica modalidad de delitos sexuales contra menores de edad, el antedicho criterio jurisprudencial entra en desuso, pues de tratarse de supuestos delictivos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 1236 de 2008, ya no tendría lugar como tal, la aplicación del aumento de pena previsto en la Ley 890 de 2004, como quiera que aquel referente legal, estableció posteriores aumentos de punición para esta clase de conductas –*arts. 205 a 210 C. Penal*–.

⁵⁸ Así se corrobora en el reciente precedente de la Corte, a través de decisión 46705 del 22 de marzo de 2017, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

3.1.5.3. LEY 1453 DE 2011, ARTÍCULO 57, PARÁGRAFO.

En clave de este rastreo normativo, a propósito de la preceptiva legal inherente al sistema de preacuerdos y negociaciones en el proceso acusatorio penal colombiano, bien vale traer a colación, la modificación que, de cara a supuestos de captura en flagrancia, estableció respecto de la regulación procedimental prevista en el artículo 301 –Ley 906 de 2004–, el parágrafo del artículo 57, Ley 1453 de 2011, bajo un criterio de política criminal, claramente dirigido a restringir el ámbito de contraprestación que, a través de la modalidad de rebaja de pena, se erige como uno de los puntos basilares de este esquema consensuado.

Es así que, establece la anunciada normativa, en relación con las causales allí previstas para el supuesto de captura en flagrancia: *“La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”*; regulación que fue objeto de declaratoria condicionada de exequibilidad por la Corte Constitucional y a través de Sentencia C-645 de 2012, *“en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”*.

Palmario pues, el condicionante establecido por vía de exequibilidad de dicha normativa y ante la obvia inconsistencia que devenía para una restricción dispuesta sólo en relación con la rebaja de pena prevista para un primer momento procesal, lo que en tales circunstancias repercutía, como se aludía en anteriores líneas, en un plano de injusticia material, respecto de aquéllos que, en las mismas condiciones y de optar por el arribo a las siguientes etapas procesales, en un mayor desgaste jurisdiccional, se harían acreedores a una rebaja de pena más ventajosa. Se compendia entonces en esas condiciones, una rebaja por concepto de aceptación de cargos en supuestos de captura en flagrancia, equivalente a la cuarta (1/4) parte del beneficio reportado para el respectivo momento procesal, bajo los siguientes baremos de reducción de la pena a imponer: audiencia de imputación, doce punto cinco por ciento (12.5%) –art. 351 *ib.*–; escrito de acusación y audiencia preparatoria, ocho punto treinta y tres por ciento (8.33%) –art. 352 *ib.*–; y, juicio oral, cuatro punto dieciséis por ciento (4.16%) –art. 367, *inc.* 2-⁵⁹.

⁵⁹ En este sentido asimismo se pronunció la Corte Suprema en decisión 38285 del 11 de julio de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

3.1.5.4. LEYES 1121 DE 2006, ARTÍCULO 26 Y LEY 599 DE 2000, ARTÍCULO 68A.

Como reflejo de la Ley 733 de 2002 y en punto del sistema acusatorio penal, la Ley 1121 de 2006, artículo 26, estableció cortapisas en relación, entre otros mecanismos, con la concesión de beneficios y sustitutos penales, y las rebajas por aceptación de cargos. Es así que, en los delitos asociados al terrorismo, extorsión y secuestro extorsivo, se prohibieron las rebajas por concepto de sentencia anticipada, esto es, aceptación unilateral o allanamiento a cargos y extensiva dicha exclusión a los preacuerdos y negociaciones; prohibitiva vigente al día de hoy.

Ahora, aun cuando la tradición legislativa en materia de la exclusión de beneficios y sustitutos penales en el sistema acusatorio penal, concebida con la adición que del artículo 68A del Código Penal –Ley 599 de 2000–, estableció la Ley 1142 de 2007, artículo 32, no excepcionó en un principio los preacuerdos y negociaciones, no obstante, la modificación de la misma regulación, prevista a partir de la Ley 1453 de 2011, artículo 28, además que, en su inciso 1, hizo extensiva la anunciada prohibición a un catálogo de delitos *-que a su vez fuera objeto de variación, a través de la Ley 1474 de 2011, artículo 13, y en orden a delitos contra la Administración Pública relacionados con la corrupción-*, adició igualmente un párrafo dirigido a excepcionar la antedicha prohibitiva, entre otros supuestos, en relación con los preacuerdos y negociaciones, y el cual fue sometido también a variación en el siguiente referente legal –L. 1474/11, art. 13–, a manera de inciso último del artículo en cuestión: *“Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.”*

Sin embargo, tras el advenimiento de la Ley 1709 de 2014 que, en su artículo 32, modificó nuevamente el canon 68A del Código Penal, fue marginado de tal excepción, particularmente, lo inherente al principio de oportunidad, el allanamiento a cargos y asimismo, los preacuerdos y negociaciones; de ahí que, en efecto, a partir de la vigencia de este referente legal *-20 de enero de 2014-*, la celebración de convenios entre las partes sí está sujeta a las amplias prohibiciones allí dispuestas, particularmente, en lo que a la concesión de sustitutos penales se refiere.

Adicionalmente, la Ley 1773 de 2016, artículo 4 y de manera particular, a propósito de las lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, marginó este tipo de delincuencias de la concesión de beneficios y sustitutos penales; prohibición extensiva, como se decía, a los preacuerdos y negociaciones, pues subsiste para esa clase de concesiones en el marco de la justicia abreviada.

Ahora, de la misma manera que el precedente jurisprudencial limitó la aplicación de los incrementos punitivos previstos en la Ley 890 de 2004, para la implementación del esquema de rebajas en el sistema penal acusatorio, respecto de aquellos eventos en que se prohibía esta clase de concesiones, se hizo extensiva entonces dicha limitación, a la prohibición establecida al efecto en la Ley 1121 de 2006.

De ahí que, al proscribirse la concesión de rebajas de pena en dicho referente legal, no ha de aplicarse entonces el incremento punitivo en cuestión, en estos eventos de aceptación de cargos, asociados al terrorismo, extorsión y secuestro extorsivo.

Sobre el particular, se pronunció la Corte mediante decisión 47442 de 2017 y en alusión al precedente demarcado en este sentido, a través de providencia 36784 de 2012, que replanteó la posición atinente a la aplicación de dichos incrementos punitivos, en los casos correspondientes al sistema procesal de Ley 600 de 2000. Así mismo, la antedicha providencia refiere sobre el mismo norte, la decisión 33254 de 2013; criterio que fuera reiterado en las decisiones 39719, 36400, 41152 y 42041 de 2013, 43309 de 2015 y 45541 de 2016, y reafirmado además mediante providencias 47612 de 2016, 50322, 48618 y 48153 de 2017; las dos últimas, en referencia respectivamente, a la providencia 44281 de 2014 y a la línea de decisión demarcada en el mismo sentido, en providencias 42617, 41657, 42035, 42925 y la ya aludida 42041.

Además, la línea de pronunciamiento antes mencionada, en punto de la prohibición atinente a la Ley 1098 de 2006, también estuvo referida al legislativo en mención, Ley 1121 de 2006; esto es, las providencias 41157 y 43624 de 2014, y 45610 de 2015, relacionadas en la decisión 47032 de 2016 y que reafirmara la providencia 47143 de 2017; además de las decisiones 50992 y 49265 del mismo año.

3.1.5.5. LEY 1761 DE 2015, ARTÍCULO 5.

Así mismo, establece como prohibición y limitante en materia de preacuerdos y respecto del delito de feminicidio, la Ley 1761 de 2015, artículo 5: *“La persona que incurra en el delito de feminicidio solo –sic- se le podrá aplicar un medio del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá –sic- celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias”*; controversial legislativo si se tiene en cuenta la complejidad inherente a las múltiples variables de negociación que aquí son objeto de análisis y según la deficiente técnica con que el Legislador consagró estas diferentes clases de preacuerdo.

Sin embargo, en principio, ha de reiterarse que, acorde a la antedicha máxima *pro homine*, se suscribe un criterio según el cual, cualquier divergencia interpretativa de la norma en cuestión, ha de dimensionarse en favor del destinatario de la pretensión punitiva estatal; así, clara la posibilidad de acceder a una rebaja de pena de *“un medio”*, sobre la rebaja de pena *“hasta de la mitad”*, que prevé el aludido canon 351 procedimental, esto es, hasta un veinticinco por ciento (25%) de rebaja por aceptación unilateral de cargos en la formulación de imputación o vía preacuerdo, hasta antes de la presentación del escrito acusatorio.

Igualmente, resulta evidente que tal limitante subsiste en lo que atañe a los interregnos procesales entre la presentación del escrito acusatorio y la aceptación de cargos en la audiencia preparatoria, y la declaración inicial de culpabilidad en la sede del juicio oral *–arts. 352 y 367 ib.–*, pues de lo contrario, sería tanto como asumir el desfase que asimismo implicaron las limitantes atinentes a víctimas menores de edad y supuestos de flagrancia, valga reiterar, una mayor compensación para quien acepte cargos en esos momentos ulteriores y en mayor desgaste jurisdiccional.

El punto radicaría es en establecer si la prohibición subsiste sólo respecto de la consagración establecida en el artículo 351: *“sobre los hechos imputados y sus consecuencias”*, o se hace extensiva a la previsión contenida en el canon 350: eliminación de la acusación de alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena. En cualquier caso, resulta imperativo decir que un preacuerdo respecto de la eliminación de cargos, causales de agravación, deducción de una atemperante punitiva, readecuación típica de la conducta o determinación de la pena, de manera obvia implica un preacuerdo sobre los hechos imputados o sus consecuencias; de ahí que, se insiste, al margen de la deficiente técnica legislativa, pareciera corresponderse con un contexto

lógico de la antedicha normatividad, la imposición de la prohibitiva a todos aquellos eventos que constituyan disminuciones punitivas; no así, respecto de aquellas modalidades que no refieran una disminución de pena, tales como la concesión de sustitutos penales, reconocimiento de la libertad, mecanismos post-delictuales o manifestaciones pre-acordadas en la sede del juicio oral, correspondientes con estos supuestos ajenos a la imposición penal en sí como consecuencia jurídica.

3.1.5.6. LEY 1826 DE 2017, ARTÍCULO 25.

Por último, sea del caso hacer extensiva al procedimiento penal especial abreviado, implementado en el referente legal en cita y a través del cual se establece la figura del acusador privado, la regulación en materia de preacuerdos y negociaciones, atinente al reconocimiento de la libertad por esta vía o al restablecimiento de términos, en lo que a causales de esta índole se refiere, ante la improbación del convenio; lo anterior, de conformidad con la previsión contenida al efecto, respectivamente, en el numeral 6 y parágrafo 1, artículo 548 de la Ley 906 de 2004, así adicionado éste, por la antedicha normativa –*ccia. num. 3 y par. 2, art. 317 ib.-*.

3.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Metodológicamente, podrían plantearse tres criterios, desde los cuales se dimensiona el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en materia del control judicial a los preacuerdos: uno, consolidado durante los últimos años y que estaría dado por la férrea prohibición al juez de ejercer cualquier clase de intromisión o injerencia en el acto acusatorio de la fiscalía, vía preacuerdo, es decir, no le está dado el ejercicio de un control material, excepto que se esté a un claro quebrantamiento de garantías fundamentales, lo que podría denominarse un control mínimo o meramente formal.

Un segundo criterio, correspondiente a un primer momento histórico y atinente a la imperiosa verificación a cargo del juez de conocimiento, según la observancia que de parte de la fiscalía, haya tenido lugar respecto de principios como la legalidad y tipicidad estricta, así como estricta jurisdiccionalidad, valga explicitar, que la pretensión punitiva de la fiscalía se adecue en términos de corrección, lo que podría llamarse un control judicial amplio o de carácter material.

Y, por último, un tercer criterio, referente a la intervención del juez en el acto acusatorio, toda vez que se esté al extravío grosero o arbitrario del principio de legalidad, o ante la inobservancia de garantías fundamentales, vale decir, un control judicial moderado, extensivo a un distanciamiento de bulto, entre el fundamento fáctico y la calificación jurídica objeto de negociación.

Así entonces, pasan a desarrollarse, escindidamente, los elementos desde los que se estructura cada una de estas líneas de pronunciamiento jurisprudencial.

3.2.1. CRITERIO DE UN CONTROL JUDICIAL MÍNIMO.

En los últimos años se ha consolidado en la Sala de Casación Penal de la Corte, un criterio referente a las amplias potestades que recaen sobre las partes fiscalía y defensa, para transigir los cargos materia de acusación y en particular, alusivo a esa libre configuración que le asiste a aquélla respecto de su pretensión punitiva; todo en un marco de control de legalidad mínimo por el juez, a quien le está vedado en un todo, ejercer un control material del acto acusatorio, vía preacuerdo.

Es así que, pese a las claras facultades que le asisten al juez de conocimiento para verificar la estructuración de esta clase de terminaciones anormales del proceso en el marco de la estricta legalidad, conforme a una anterior línea de decisión que será objeto de posterior análisis, lo cierto es que, bajo el emergente criterio diferencial que plantea la Corte, la naturaleza misma de un sistema penal acusatorio implica otorgar un amplio margen de discrecionalidad al ente persecutor, no sólo en busca de perfilar su tesis acusatoria, sino, asimismo, en punto de la disponibilidad de la pretensión punitiva, a fin de concretar la confección de preacuerdos o negociaciones como pauta de sostenibilidad del sistema.

Así lo señala la misma Corte al aludir al colapso del sistema, según estimaciones estadísticas que, en perspectiva de derecho comparado, se hacen de la dinámica procesal penal, a partir del imperioso encausamiento a través del trámite abreviado, de una inmensa mayoría de los asuntos sometidos al conocimiento del órgano jurisdiccional y ante la abierta imposibilidad de llevar a término, por la vía ordinaria, el grueso de dichas actuaciones; al respecto, se pronunció el máximo Tribunal en la decisión 41570 del 20 de noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, que hace referencia al precedente establecido en pronunciamientos 21954 de 2005, 24052 de 2006 y salvamento de voto a la referida providencia 21954, en alusión al derecho comparado⁶⁰.

Desde esta perspectiva entonces, se aboga por la necesidad de conformar un personal idóneo al interior de la Fiscalía General de la Nación, dotado de las mejores estrategias y destrezas en el litigio, y además, provisto de los medios necesarios para persuadir al destinatario de la acción punitiva estatal, en cuanto a la conveniencia de aceptar los cargos objeto de imputación, como un claro allanamiento a la pretensión sancionatoria del Estado, en términos de asunción de responsabilidad penal.

⁶⁰ Se extrae de la referencia a dichos pronunciamientos, en la decisión 41570 de 2013: “De tal forma que un derecho premial, que admite acordar sobre todas las consecuencias de la aceptación de la imputación o acusación, no sólo de las penales sino también de las civiles y, entre aquéllas, además de la cantidad de sanción también respecto de las condiciones para su ejecución, y que apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones porque de lo contrario colapsaría³⁴ (...)”. Se sigue a pie de página: “En la aclaración de voto del magistrado Mauro Solarte Portilla a la sentencia del 23 de agosto del 2005, radicado 21.954, se recuerda que “El Chief Justice Burger en el caso *Santonello Vs New York* señaló que “una reducción del 90 al 80 % en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (Jueces, Secretarios Judiciales, Jurados, etc.), mientras que la reducción al 70 % exigiría triplicarlos”.

Es precisamente esa y con énfasis en el principio de imparcialidad, la tesis que da cabida a una copiosa elaboración jurisprudencial de la misma Corte, atinente a la imposibilidad del juez de conocimiento de ejercer injerencia alguna en la confección de la pretensión punitiva de la fiscalía, en orden a su naturaleza dispositiva de la acción penal, así como en la estructuración de consensos con la contraparte defensa.

Con asidero en la ilustrativa decisión proferida bajo el número de radicación 29979 del 27 de octubre de 2008⁶¹, que analiza ampliamente los fundamentos del sistema de terminación anticipada del proceso por aceptación de cargos y con asidero en el derecho comparado, podría rastrearse esa férrea posición atinente a la inviable intromisión del juez en la pretensión punitiva de la fiscalía y en los términos de los preacuerdos y negociaciones, cuyo carácter vinculante le es abiertamente oponible, so pena de afectar la garantía de imparcialidad. Es así que se alude a las modalidades dentro del sistema estadounidense, “*plea of guilty*”, donde la intervención del juez simplemente obedece a parámetros de clemencia y “*plea bargaining*”, en la que la negociación supone una precaria intromisión judicial; se plantea pues una prohibición explícita a la intervención del juez en los términos del preacuerdo.

Ahora, aunque la antedicha decisión -29979 de 2008-, se erige como vértice de la férrea posición atinente a la imposibilidad de intrusión del juez de conocimiento en los términos de un preacuerdo, no obstante, como se verá, los planteamientos que afloran de la misma decisión, se enmarcan desde una posición diametralmente opuesta que sobreviene a este análisis jurisprudencial y que circunscribe la intervención del juez de conocimiento a un control material del acto acusatorio, particularmente, en perspectiva del precedente emanado de la Corte Constitucional y acorde al aporte doctrinal en la materia.

Entre tanto, lo cierto es que la anterior postura, atinente a la inviable intromisión del funcionario judicial, encuentra cabida en pronunciamientos más recientes en el tiempo y que replican dicha concepción de la dinámica acusatoria.

Así se desprende de la decisión 39886 del 16 de octubre de 2013⁶², que alude a los pronunciamientos 34787 del 15 de septiembre de 2010 y 41375 del 14 de agosto de 2013, a propósito de las rigurosas limitaciones a la intervención del juez de conocimiento en la aprobación del preacuerdo.

⁶¹ M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁶² M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Además, la última de las decisiones en cita alude a una copiosa línea de pronunciamiento en este sentido: *“Sentencia de 28 de febrero de 2007 radicado 26087, auto de 5 de octubre de 2007 radicado 28294, auto de 15 de julio de 2008 radicado 29994, auto de 6 de mayo de 2009 radicado 31538, auto de 31 de agosto de 2009 radicado 31900, sentencia de 13 de diciembre de 2010 radicado 34370, sentencia 38020 de 2 de mayo de 2012, sentencia de 18 de abril de 2012 radicado 38256, y auto de 18 de abril de 2012 radicado 38521”*⁶³.

En el mismo norte, la decisión 42184 del 15 de octubre de 2014⁶⁴, demarca una consolidación de la antedicha línea de decisión, en punto de las amplias potestades que le asisten al ente acusador, a la hora de transigir en su pretensión punitiva con la defensa; además, dicho pronunciamiento incursiona en un planteamiento que desdice de la labor que primigeniamente radica en el funcionario judicial, cual se trata de la impartición del valor justicia, para depositarlo, privativamente, en decir de la Corte, en la fiscalía, pues es sólo a ésta, a la que incumbe el prestigio de la administración de justicia; de ahí que, en modo alguno le es exigible en la configuración de su pretensión punitiva, aún vía preacuerdo, sustentar en un respaldo fáctico las condiciones del mismo.

Sin embargo, como se desarrollará en subsiguiente acápite, el pronunciamiento en cuestión aborda una problemática que refulege en la cotidianidad de los estrados judiciales y en perspectiva de la abierta inobservancia que en sus deberes se advierte en los funcionarios del ente acusador, so pretexto de la desbordante carga laboral; por ende, efectúa un llamado expreso a la Fiscalía General de la Nación, con miras a que se impartan directrices tendientes a establecer lineamientos bajo los cuales ha de proceder cada delegado en la confección de preacuerdos.

Igualmente, de manera más reciente y en providencia con radicación 47630 del 14 de junio de 2017⁶⁵, la Corte reafirma dicha postura atinente a la inviable intervención del juez de conocimiento en materia de preacuerdos; postura que referencia la ya aludida decisión 39886 de 2013 y la 39892 del 6 de febrero del mismo año, así como la 39160 del 14 de agosto de 2012, donde se limita la injerencia del juez sólo a aquellos eventos en que se constata la afectación del principio de legalidad por razones objetivas; en todo caso, se establece un argumento en el sentido de propender por esa

⁶³ Decisión 41375 de 2013. M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁶⁴ M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

⁶⁵ M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

clase de intervención en control de legalidad, únicamente por aspectos que beneficien al acusado en esa dimensión de la máxima de legalidad.

De la misma manera, se alude en el antedicho pronunciamiento -47630 de 2017-, a la decisión 47732 del 23 de noviembre de 2016⁶⁶, en la que se explicita que el juez no puede improbar un preacuerdo por ejercer un control material del mismo, como tampoco le está dado modificar la adecuación típica. En referencia a la antedicha decisión 39886 de 2013, se precisa que el control material de la acusación obedece al trámite ordinario, proceder que en la sede abreviada resulta incompatible con el principio de imparcialidad; además que se alude a la decisión 40871 del 16 de julio de 2014, que reivindica el margen de maniobra de la fiscalía, en tanto que se enfatiza en que el juez no puede imponer su particular teoría del caso.

Así mismo, como referencia de la decisión 47630 de 2017, se suma la providencia 43523 del 7 de mayo de 2014, según la cual, el juez apenas interviene en forma adjetiva en la aprobación de preacuerdos, a la par que se reafirma el margen de maniobra de la fiscalía para adelantar esta forma de composición del conflicto; posición reiterada de manera más reciente en la decisión 45495 del 28 de junio de 2017⁶⁷. De igual modo, en alusión a esa línea de pronunciamiento y en referencia a la corrección del acto imputación, la providencia en comento trae a colación las decisiones 29994 del 15 de julio de 2008 y 38256 del 21 de marzo de 2012, referentes a que la adecuación circunstanciada de la imputación sólo compete a la fiscalía.

Por lo demás, la antedicha línea de decisión, se ha consolidado vía pronunciamientos de tutela, en providencias de la Sala Penal de la Corte, Sede Constitucional, bajo los radicados T-69478 del 3 de octubre, T-70392 del 13 de noviembre y T-70712 del 4 de diciembre de 2013, y T-72092 del 27 de febrero de 2014; además de las decisiones T-71128 de 2014, referenciada en la precitada providencia 47732 del 23 de noviembre 2016 y de manera más reciente, la T-90162 del 9 de febrero de 2017. Se enfatiza pues, en que la intervención del juez en materia de preacuerdos, sólo está dada por la violación de garantías fundamentales. Aunque dichas decisiones en la vía constitucional, encuentran una franca discrepancia en decisión de tutela que a espacio será objeto de análisis en subsiguiente acápite.

Como se anunciaba, no se comulga con esta férrea línea de pronunciamiento que, a las claras, despoja la función jurisdiccional, no sólo de ese componente esencial de abstracción del caso concreto, interpretación de la

⁶⁶ M.P. Éyder Patiño Cabrera.

⁶⁷ M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

norma y adopción de la decisión que corresponda en acatamiento de la Constitución y la ley, sino, asimismo, de la privativa función de aprestar el valor justicia, cual si se tratara de un mandato ajeno al funcionario judicial, vale decir, se relega sin más al juez de su primigenia función de administrar justicia para depositarla en el ente acusador; proceder que, por demás, desvirtúa uno de los componentes fundamentales de la dinámica acusatoria, cual se trata de ese rol de parte inherente a la fiscalía, al absoluto margen de la función imparcial e imparcial que, privativamente, ha de recaer, se insiste, en el juez.

No se desconoce pues, que se trata de una línea de decisión absolutamente preponderante, según la asidua reafirmación que en los últimos años y de manera reciente, ha cosechado la Corte, a propósito de ese limitado margen de escrutinio que se permite al juez, con las correlativas amplias facultades que se radican en las partes, en la configuración de preacuerdos; empero, ello confluye en toda suerte de consecuencias insalvables en la actuación procesal, como quiera que es precisamente el control de legalidad a cargo del juez de conocimiento, el filtro que establece la misma dinámica procedimental para conjurar esta clase de irregularidades.

Es claro que de no asumirse la tesis de un control material, deviene entonces evidente el extravío en que se hallaría sumida una actuación procesal, a definirse, si bien, a través de declaratoria de responsabilidad penal, no obstante, sin atender a la más mínima correspondencia con el fundamento fáctico del actuar delictivo o bajo circunstancias que de una u otra forma trasgredan caras garantías como la legalidad, estricta tipicidad y jurisdiccionalidad, sin miramiento alguno del prestigio de la administración de justicia como pauta de legitimación frente a la sociedad.

Por ende, no se suscribe una tesis según la cual, la improbación de preacuerdos queda prácticamente relevada a escasos eventos en los que la Fiscalía opta por concesiones que trasgreden de manera absurda el principio de legalidad o se ofrece insalvable la imputación jurídica; como por ejemplo, cuando se trate de un punible inexistente para el momento de la comisión delictiva o se deduzca una circunstancia de agravación incompatible para el delito básico imputado, como la minoría de edad en un supuesto de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, o se pacte una pena que no atiende los márgenes de punición establecidos para la respectiva conducta; o en eventos en que se impute una conducta cuya adecuación típica no se corresponde con los elementos objetivos o subjetivos del tipo, como cuando se alude al punible de fraude a un acto que no constituye resolución judicial o al porte de estupefacientes para el propio consumo; se esté a la carente

afectación del bien jurídico, como en un evento de delito bagatela; o no se logre configurar el juicio de reproche por tratarse de un menor de edad.

Es decir, se trata de eventos en que de bulto, resulta inviable la pretensión punitiva del Estado y de contera, es palmaria la afectación de garantías fundamentales, por lo que la licencia en esa estricta intervención de carácter formal por el juez de conocimiento, tan solo está determinada por consecuencias que inevitablemente derivan en supuestos procesales de carácter preclusivo o absolutorio, que no por condiciones que verdaderamente constituyan un parámetro válido de controversia, en lo que a la definición del asunto a través de esta clase de mecanismo de terminación abreviada del proceso se refiere.

En efecto, se sustraen de ese control judicial eminentemente formal, aspectos de vertical trascendencia como la convención de contraprestaciones consistentes en rebajas de pena que no se correspondan con determinado momento procesal, o cuando se opta por una readecuación típica que no consulta ningún fundamento fáctico o de razonabilidad, o se omite la deducción válida de un cargo pero a la vez la de una circunstancia de agravación que también había sido imputada, o simplemente se opte por una atemperante punitiva que no encuentra asidero alguno en el asunto en concreto.

Tampoco se desconoce que no se trata de imponer en forma irrestricta la posición de un juez de conocimiento, frente a la percepción que en su pretensión punitiva le asista al respectivo delegado de la fiscalía, a manera de concebir la calificación jurídica que aquél considere, o su particular adecuación típica a través de la deducción de determinada agravante o estimación de un concurso de conductas punibles, u opte por acudir a dosificar la pena cuando se pactó una imposición que atiende el marco de legalidad; sin embargo, es claro que, más allá de la vertical trascendencia que en dinámica acusatoria le asiste a la Fiscalía y a su actuación persecutora de la pretensión punitiva estatal, no obstante, en perspectiva de los fundamentos inherentes a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, es por antonomasia, en la función jurisdiccional, en la que ha de recaer cualquier definición de la controversia penal, incluso, en sede de concesiones bilaterales como las que suponen la terminación anticipada del proceso, vía preacuerdos.

Aún más, se considera absolutamente inconveniente que la función judicial, como se decía, llamada a dar cuenta frente a la sociedad, de esa pauta de legitimación en la actuación jurisdiccional, se vea absolutamente menguada por los términos que, bien, deliberadamente, o por su simple arbitrio,

imponga como parte el respectivo funcionario acusador, desde una sesgada dimensión del proceso penal, se itera, en esa, casi que actuación fedataria del juez.

Se reafirma entonces, la amplia conveniencia de un control material a cargo del juez de conocimiento en los términos del preacuerdo.

3.2.2. CRITERIO DE UN CONTROL JUDICIAL AMPLIO.

Lograba evidenciarse, en la génesis del precedente jurisprudencial de la Corte, que en cuanto la estructuración de estos consensos tenga lugar en detrimento del principio de legalidad, corresponde al juez de conocimiento rechazar el respectivo convenio, con miras a que se subsane la irregularidad; además, se consideró que una terminación del proceso en tales condiciones, tal como se advierte en dichos pronunciamientos de la Corte, es lesiva de máximas fundamentales como el debido proceso, estricta jurisdiccionalidad, prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades y las más de las veces, implica una clara afectación del principio de congruencia, al asaltarse el sustrato fáctico en la respectiva calificación jurídica convenida; aunque, se destacó, una intromisión en esos términos del juez de conocimiento en el acto acusatorio, en abierta escisión del sistema norteamericano, ha de propiciarse en estricta observancia de la garantía de imparcialidad.

Enfatiza pues dicha línea de pronunciamiento de la Corte, en los términos de corrección en que ha de tener lugar la formulación de imputación de parte del ente acusador, como vértice de su pretensión punitiva y piedra angular del debido proceso, no sólo en perspectiva de legalidad, sino, asimismo, de cara a la cabal observancia del derecho de contradicción y garantía de defensa.

Igualmente, se hace alusión en términos de esa correcta formulación, a un acto circunstanciado, extensivo a la acusación y que se adecue fácticamente a la respectiva formulación jurídica, en orden a la máxima de congruencia y como parámetro elemental de la configuración de preacuerdos entre fiscalía, defensa e imputado.

Así se desprende de las decisiones 24026 del 20 de octubre de 2005, 24052 del 14 de marzo, 24529 del 29 de junio y 25724 del 19 de octubre de 2006, 27759 del 12 de septiembre de 2007, 28872 del 15 de julio de 2008 y 31280 del 8 de julio de 2009.

En igual medida, dicha línea de pronunciamiento se ha reflejado en las decisiones 25583 del 21 de marzo de 2007⁶⁸, en referencia al precedente de la Corte Constitucional en vía de exequibilidad –*Sentencia C-843 de 1999*- y en alusión a los principios de legalidad y estricta tipicidad, así como de estricta jurisdiccionalidad, acorde al aporte doctrinal de Luigi Ferrajoli –*Rdo. N° 25513 del 5 de diciembre de 2007*-, cuya referencia será retomada en posteriores líneas.

De la misma forma, en decisión 29373 del 22 de agosto de 2008⁶⁹, se plantea la corrección del acto imputación, en punto del parámetro persuasivo inherente a ese acto comunicacional y de cara a una eventual aceptación de cargos; de ahí que, se planteen como presupuestos de esa formulación o de un eventual preacuerdo, su debida motivación, claridad y respaldo probatorio; se destaca pues, el principio de congruencia, en términos del prestigio a la administración de justicia.

También de manera más reciente, la decisión 43356 del 3 de febrero de 2016⁷⁰, al referir las citadas decisiones 25724 del 19 de octubre de 2006 y 27759 del 12 de septiembre de 2007, así como la 25513 del 5 de diciembre de 2007, hace énfasis en el contenido mínimo del acto acusatorio, en atención al aludido aporte doctrinal.

Por otra parte, la decisión 25108 del 30 de noviembre de 2006⁷¹, da cuenta de los presupuestos del control material que ha de ejercer el juez de conocimiento, respecto del acto de allanamiento a cargos y extensivo a los preacuerdos y negociaciones.

En el mismo sentido, en providencias 34829 del 27 de abril y 37209 del 23 de noviembre de 2011⁷², se plantea que al control judicial de los preacuerdos no le es inherente un carácter absolutamente formal, sino, ha de efectuarse una verificación de la congruencia entre el aspecto fáctico de la imputación y la calificación jurídica, para así evitar un quebrantamiento al debido proceso y en pro del principio de justicia material; esto es, la prevalencia del derecho sustancial.

Allí, se concibe el control material del acto acusatorio como presupuesto de la estricta tipicidad, pues será en el juez de conocimiento, en quien recaiga la

⁶⁸ M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁶⁹ M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁷⁰ M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁷¹ M.P. Mauro Solarte Portilla.

⁷² M.P. José Luis Barceló Camacho.

función de resguardar esa formulación de la pretensión punitiva de la fiscalía en términos de corrección, en orden a los elementos que sustenten la adecuación del tipo y desde las particularidades que ofrezca la respectiva construcción fáctica.

Se enfatiza entonces, en ese control material con sujeción al sustrato fáctico de la imputación, en punto del imperativo de verdad y justicia, y de cara a efectuarse por el juez de conocimiento verificación en cuanto a si, en verdad, los términos del preacuerdo son susceptibles de consenso. Tales planteamientos con asidero en la precitada decisión 29979 del 27 de octubre 2008 y la providencia 31531 del 8 de julio de 2009.⁷³

Ahora, si bien, dicha línea de pronunciamiento ha observado trascendentales cambios al día de hoy, lo cierto es que subyacen al antedicho criterio jurisprudencial inicialmente demarcado por la Corte, ciertas variables estructurales del problema objeto de análisis.

En principio, es del caso rastrear las implicaciones derivadas de decisiones referentes al asunto en cuestión, por cuanto llega a establecerse en ese criterio inicial de la Corte, que la irrestricta aplicación del principio de legalidad y demás principios constitucionales inherentes a la estructura del sistema de consensos en el proceso penal, ha tenido lugar en una predominante dimensión de favorabilidad para el acusado; sin embargo, cuando se propicia el rechazo de esta clase de preacuerdos o negociaciones, logra evidenciarse asimismo la análoga aplicación de los principios de legalidad y tipicidad estricta como uno de sus puntos basilares, los cuales no sólo se constituyen como principio de raigambre constitucional y axioma limitativo del poder punitivo del Estado, sino, además, se dimensionan en clave de la observancia absoluta del catálogo de tipos penales existentes, de la correcta adecuación típica de aquellos comportamientos que sean objeto de una negociación entre las partes y la cabal aplicación de toda la normativa y presupuestos inherentes al sistema de justicia consensuada, según la previsión legal establecida en la norma procedimental.

Es allí, donde el principio de legalidad se dimensiona como punto de partida respecto del control que está llamado a ejercer el juez de conocimiento en materia de preacuerdos y negociaciones, y pauta de imperiosa observancia,

⁷³ M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Este pronunciamiento, al igual que el 29979 de 2008, discurre ampliamente en torno de los fundamentos de la justicia pre-acordada, en perspectiva del derecho comparado y de las posibilidades de intervención del juez de conocimiento.

en orden a establecer la aprobación o rechazo de estas manifestaciones consensuales, se insiste, no sólo al dimensionarse la máxima de legalidad como garantía que se concibe en favor del imputado o acusado y limitación del *ius puniendi* estatal, sino, de igual forma, se evidencia a partir de la afectación de la actuación penal, valga explicitarlo, aún a costa de los intereses del destinatario de la acción punitiva, pues tal dimensión llega a hacerse extensiva incluso a los derechos de las víctimas y de la sociedad toda.

Así pues, el principio de legalidad puede concebirse desde la anunciada dimensión dual, bien como garantía, ora como exigencia, la primera, como máxima de raigambre constitucional y axioma limitativo en pro del destinatario de la pretensión sancionatoria y la segunda, como factor inherente al mismo sistema punitivo y habilitación *per se* de su intervención.

El punto entonces, radica en determinar los límites de la discrecionalidad que en la configuración de la pretensión punitiva le atañen al ente acusador, al convenir los cargos con la defensa, desde los controles que el proceso mismo plantea, particularmente, en sede del juez de conocimiento, quien siempre se halla compelido a efectuar un juicio de estricta legalidad, en un sistema, como tal, de naturaleza dispositiva.

Frente a este problema específico, logran rastrearse en esa primera línea de pronunciamiento de la Corte, algunos presupuestos que permitirían edificar un criterio de delimitación, pues, más allá que se alude en forma abstracta a la observancia de los marcos de estricta legalidad y tipicidad, igualmente se incursiona, aunque en forma tímida, en parámetros tendientes a establecer un baremo que adecue la actuación de la Fiscalía General de la Nación a estos principios, en armonía con las exigencias mismas que plantea la dinámica acusatoria; todo, en el marco de corrección del acto imputación, como parte integral de esta tesis jurisprudencial.

Sin embargo, en punto de dicho criterio atinente a un amplio control judicial del preacuerdo, valga reafirmar que, en principio, se acoge esa dimensión material del mismo, en perspectiva de otorgar unas amplias facultades al juez en ese control de legalidad, por cuanto se estima que es en el funcionario judicial en quien radica esa primigenia función de ejercer una completa valoración de los fundamentos tendientes a establecer si, determinado preacuerdo, se aviene o no al principio de legalidad, más aún, si se ajusta a la Constitución y a la ley, lo que se erige en presupuesto de basilar análisis; y, además, en vista que, claramente, sobrevienen ciertos bemoles de dejar a la libre configuración de la fiscalía, la estimación de legalidad en los términos de la respectiva negociación.

En efecto, como se decía, se advierte un notorio extravío en la concepción de la función judicial, para rezagarla a una simple actuación fedataria, en términos de un control escasamente formal del preacuerdo, a la par que, impedir el ejercicio de un control material, supeditaría la estructuración de preacuerdos a un ámbito de inseguridad jurídica, donde la particular percepción del delegado fiscal, sea la que dimensione privativamente, la estimación de onerosas prebendas o irrisorias concesiones, aun cuando se trate de supuestos que ameriten un mismo rasero, es decir, el arbitrio del funcionario acusador no puede constituirse en factor que discrimine con legitimidad los términos de judicialización, aún por vía consensuada, con la notoria afectación que del prestigio a la administración de justicia ello podría conllevar, visto que, como discurrió alguno de los precedentes jurisprudenciales materia de análisis, pese a su estructura jerarquizada y en razón del volumen o carga laboral, la Fiscalía General de la Nación no logra canalizar adecuadamente esos lineamientos desde los cuales enmarcar la actuación de sus delegados, en términos de ponderación y corrección.

Se trata pues, de planteamientos que logran rastrearse en el precedente de la Corte, referentes a esa imperiosa verificación a través de un control material por el juez de conocimiento, de los términos del preacuerdo o de la imputación, en caso de allanamiento a cargos, en contravía de esa consistente línea de decisión, atinente al control meramente formal de los preacuerdos.

3.2.2.1. EL CONTROL MATERIAL DESDE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.

Así mismo, la sede constitucional, vía decisiones de exequibilidad de la Corte Constitucional, también resulta ser un fundamento que edifica este criterio atinente al control material de la negociación.

Se apuntala este criterio en dicho precedente constitucional, atinente a las providencias C-425 de 1996, C-591 y C-1260 de 2005, y C-516 de 2007.

En idéntico sentido y vía tutela, procedente de la Sala Penal de la Corte Suprema, se tiene el pronunciamiento T-73555 del 20 de mayo de 2014⁷⁴, el cual, ya se decía, riñe con la línea de decisión constitucional asumida por la misma Corte, tal como fue referida en anteriores líneas.

⁷⁴ M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Además, bien vale traer a colación en clave de ese precedente constitucional, decisiones de la Corte Suprema como la 42184 del 15 de octubre de 2014, ya aludida, que referencia la sentencia de constitucionalidad C-059 de 2010, a propósito de los límites que en la elaboración de la acusación le asisten a la fiscalía, esto es, la correcta calificación jurídica en orden al principio de legalidad y tipicidad estricta.

De la misma manera, en la aludida decisión C-1260 de 2005, la Corte Constitucional da cuenta de la evaluación que corresponde al juez de conocimiento en el control respectivo de la selección del tipo penal que haga la fiscalía, de acuerdo con los hechos del proceso y en consonancia con los referentes C-200 de 2002, alusivo a la prevalencia de la referida máxima de legalidad; C-599 de 1999, atinente a la igualdad ante el poder punitivo estatal *-aspecto éste que, en juicio del autor, reviste enorme trascendencia de cara a la legitimidad inherente a la función jurisdiccional y como parámetro de prestigio a la administración de justicia en el sistema de preacuerdos y negociaciones, tal como viene de exponerse en anterior acápite, en perspectiva del principio de seguridad jurídica-*; y, C-713 de 2008, referente al ejercicio excepcional que de la función jurisdiccional recae en la fiscalía, particularmente, en cuanto a la restricción de derechos fundamentales sometidos al control del juez de garantías y que en ese orden reivindica, pues, la función judicial frente a la labor del ente acusador.

Igualmente, si bien la decisión 42184 de 2014 es dicente en cuanto a las amplias facultades radicadas en el ente acusador en la configuración de su pretensión punitiva vía negociaciones con la defensa, no obstante, asimismo pudo evidenciarse su alusión al precedente constitucional que propende por esa correcta adecuación de la calificación jurídica *-decisión C-059 de 2010-*; y, de la misma forma, el salvamento de voto a aquella providencia *-42184-*, a cargo de la Magistrada María del Rosario González Muñoz, da cuenta de esa licencia en la intervención del juez de conocimiento en el examen de legalidad del convenio, en alusión a las decisiones 28872 del 15 de julio de 2008, 31280 del 8 de julio de 2009, 39892 del 6 de febrero de 2013 y el aludido precedente constitucional, decisiones C-1260 de 2005 y C-059 de 2010.

3.2.2.1.1. LÍNEA DE DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA, EN SEDE DE TUTELA.

Podría cimentarse igualmente esta línea de pronunciamiento, en sendas decisiones de tutela de la Corte, 76549 de 2014, 78742 y 80476 de 2015⁷⁵, atinentes a que el control del juez en materia de preacuerdos, se hace extensivo a establecer que la deducción punitiva consecuencia de la respectiva contraprestación, vía degradación de responsabilidad, readecuación típica de la conducta o deducción favorable de cargos, no ha de superar los topes previstos para la rebaja de pena en supuestos de captura en flagrancia, acorde a la modificación que, como se expuso, del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, estableció la Ley 1453 de 2011, artículo 57, parágrafo, esto es, una cuarta (1/4) parte de la rebaja establecida para el momento procesal correspondiente; ello, obviamente redundante en las potestades del juez de conocimiento, en lo que a injerencia en el acto acusatorio vía preacuerdo se refiere y correlativamente, se dimensiona como límite a esas amplias potestades radicadas en el ente acusador en la configuración de su pretensión punitiva y su transacción con la contraparte defensa.

Sin embargo, a propósito de la línea de pronunciamiento establecida por la Corte, tal como fuera referenciada en precedencia *-decisiones 43356, 45736, 45181, 46101 y 46684 de 2016, y 48293 de 2017-*, atinente a que la declaratoria de responsabilidad penal y deducción de mecanismos sustitutivos de la pena, ha de tener lugar en relación con la entidad delictiva materia de preacuerdo, que no respecto del delito fácticamente deducido, tal como presenta oposición este criterio en punto de la reivindicación de los intereses de las víctimas, a través de sendos salvamentos de voto, deviene este análisis *–el de la posición mayoritaria de la Corte desde las aludidas radicaciones-*, en la antedicha línea de decisión vía acción de tutela, para lo cual, la Corte hace un juicioso estudio en perspectiva de las diferentes variables en la estructuración de preacuerdos y negociaciones, y por lo que, al establecerse que unas son las contraprestaciones referentes a rebaja de pena según la confección del preacuerdo en el respectivo momento procesal y otras las atinentes a degradación de responsabilidad, readecuación típica de la conducta o deducción favorable de cargos, pues, a éstas últimas, no resulta oponible una deducción de pena correspondiente con aquel ámbito de contraprestación de rebajas y a cual corresponde sí, la limitación de ley para supuestos de captura en flagrancia.

⁷⁵ Compendiadas entre otras, en la decisión anteriormente citada, 45736 de 2016.

3.2.2.1.2. CUESTIONAMIENTO AL CONTROL JUDICIAL EN SUPUESTOS DE FLAGRANCIA.

Como se verá en posterior acápite, a manera de aporte del autor, se suscribe una tesis según la cual, los ámbitos de rebaja de pena incididos por la limitación para casos de captura en flagrancia, no se hacen extensibles a las restantes modalidades de preacuerdos, tal como resultan esclarecedoramente escindidas en la antedicha línea de pronunciamiento, en la que, de manera expresa, se reconsidera el criterio cimentado en las referidas decisiones de tutela.

En efecto, aun cuando se ha dado cuenta a lo largo de este segundo criterio jurisprudencial atinente al control material de los preacuerdos por el juez de conocimiento, que se adhiere a esa facultad del funcionario juzgador como cortapisa a los desmanes que pueda presentar la función acusadora, no obstante, no resulta afortunado, so pretexto de dar vía libre a esta concepción del control judicial, incursionar en planteamientos que distan en perspectiva de razonabilidad, de los parámetros desde los cuales ha de encausarse dicho control en legalidad, es decir, cómo ha de concebirse un baremo o rasero desde el cual, en atención al principio de legalidad y bajo preservación del prestigio de la administración de justicia, se estructure un control material del preacuerdo que satisfaga, además, de esas premisas, la demarcación de un sistema de preacuerdos con reglas claras y que atienda el imperativo de seguridad jurídica.

De ahí que, en tales condiciones, se estime como un desacierto, apelar en las restantes modalidades de preacuerdo, a una pauta prevista como limitante para la deducción de contraprestaciones inherentes sólo a la rebaja de pena, en aquellos supuestos de captura en flagrancia, por demás, con las ostensibles falencias que asimismo determina esa frontera establecida por el Legislador en el esquema de rebajas que, como se verá, desquicia a la postre la ponderación de estas específicas concesiones vía preacuerdo, según el desgaste jurisdiccional o el trasegar de la actuación procesal, pero más aún, al confluir erróneamente este criterio en una y otra clase de beneficios.

Se insiste, no resulta oponible una limitación atinente a rebaja de pena, respecto de concesiones referentes a otras contraprestaciones como degradación de responsabilidad, vía readecuación típica o deducción favorable de cargos; valga ejemplarizar, si bien la rebaja de la mitad (1/2) de pena ha de menguarse en una cuarta (1/4) parte en casos de flagrancia, no

obstante, en esos mismos eventos, de llegarse a una disminución punitiva como la inicial, pero por vía de otra clase de concesión, v. gr., degradación de responsabilidad por deducción de la atemperante punitiva de complicidad, pues entonces no puede simplemente aludirse a la limitante en cuestión, para invalidar el preacuerdo. Se retomarán tales planteamientos en posterior acápite.

3.2.2.2. MÁXIMA IURA NOVIT CURIA.

También en sede de tutela, el precedente de la Corte Constitucional abandera esa mayor dimensión que en perspectiva jurisdiccional se otorga al funcionario judicial. Es así que en decisión T-851 de 2010, se destaca el principio '*iura novit curia*', como expresión fundamental de la función jurisdiccional en cabeza del juez: "El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen."⁷⁶

En el mismo sentido, la Corte Suprema, en decisión 34022 del 8 de junio de 2011⁷⁷, trae a colación el referido principio; al respecto, valga hacer un paréntesis en cuanto a que, si bien, la alusión allí consignada tiene lugar en punto de la facultad que en el trámite ordinario le asiste al juez de conocimiento, de cara a proferir sentencia por una entidad delictiva más benigna y del mismo género, acorde al precedente de la misma Sala, tal como allí se relacionan las decisiones 26468 de 2007, 28649 y 30838 de 2009, y 32685 y 32370 de 2011; proceder que, conforme al mismo precedente, no tiene lugar en la sede abreviada, al clarificarse de manera reciente, en la ya aludida decisión 47630 del 14 de junio de 2017, que tal raciocinio incluido en la providencia 45865 del 30 de septiembre de 2015, sólo aplica al proceso ordinario, no obstante, valgan tales planteamientos del radicado 34022 de 2011, para reivindicar esa facultad jurisdiccional que privativamente recae en el juez, al margen de la actividad de parte de la fiscalía:

⁷⁶ Decisión del 28 de octubre de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁷ M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

“Empero, debe aclarar aquí la Sala que una tal facultad del fallador encuentra asiento o respaldo en un antiguo postulado o aforismo que es anejo –sic- al derecho procesal de corte dispositivo o adversarial, características que con menor y mayor intensidad irradian la sistemática acusatoria diseñada en la Ley 906 de 2004, y según la cual a las partes corresponde aportar los hechos motivo de controversia, y al juez, atendida su obligación de conocer y respetar la ley, resolver la contienda con base en el derecho aplicable al asunto, aun con prescindencia del invocado por aquéllas”.

Se sigue en pie de página, en referencia al aporte doctrinal en la materia:

“La regla se conoce por su texto en latín, en su versión amplia, como “*Venite ad factum. Curia iura novit*” y en su versión reducida como “*iura novit curia*”. “*La expresión establece con nitidez la actividad de las partes en cuanto a la aportación de hechos y la del juez en relación con la aplicación del derecho*”. “*Contiene armoniosamente y en pie de igualdad el dominio de las partes —aportación de hechos en el proceso— y el del juzgador —aplicación del derecho al sentenciarlo—, a la vez que los distingue con exactitud*”.

Y prosigue el texto:

“La aludida regla doctrinal en manera alguna resulta extraña al ordenamiento jurídico colombiano, (...) pues –sic- empezando porque tiene arraigo en la Constitución Política en la que de manera lapidaria está previsto que “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*” (artículo 230).

Además, dicho mandato se encuentra desarrollado en diversos ordenamientos procesales, como el civil y el laboral, y en los siguientes términos en el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), al consagrar entre los “*Deberes específicos de los jueces*” señalados en su artículo 139, el de:

“5. *Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables*”.

Es del cumplimiento de ese deber-facultad, que el fallador, de acuerdo con los hechos puntualizados en la acusación y concretados en el juicio luego del debate probatorio, puede seleccionar la hipótesis penal del repertorio normativo que encuentre más ajustada a la realidad que presenta el caso, siempre y cuando, claro está, mantenga la identidad con la plataforma fáctica de la conducta punible endilgada en el pliego de

cargos y no sobrepase el límite punitivo expresado en la pretensión sancionadora de la Fiscalía.”.

Tales argumentaciones, *mutatis mutandi*, bien pueden hacerse extensivas al análisis que aquí concierne, en perspectiva de las potestades que recaen en el funcionario judicial, al margen de la actividad de parte del ente acusador.

En el mismo decurso histórico y por supuesto, de manera mucho más reciente, la ya referida decisión 43356 del 3 de febrero de 2016, en alusión a las decisiones 17186 y 23051 del 23 de enero y 18 de junio de 2008, respectivamente, se pronuncia en torno de la función jurisdiccional, de manera extensiva a dicho principio *iura novit curia*, como ajena a un mecánico proceder: *“Tal concepción, según la cual la aplicación del derecho se deducía simplemente a la subsunción mecánica de las circunstancias de hecho en la norma jurídica, pronto fue abandonada por errónea, en la medida en que para establecer la relación entre la premisa mayor y la premisa menor el juez de manera necesaria tiene que valorar el sentido y alcance de la norma en lo que a los concretos aspectos fácticos del caso se refiere”*.

Dichos raciocinios, se conciben asimismo en referencia a la decisión 20665 del 10 de noviembre de 2005⁷⁸, en cuanto a que el juez ha de analizar cuál es la correcta aplicación de la norma; v. gr., para el caso concreto, la deducción del agravante de utilización en medio motorizado en el ilícito de porte de armas, ha de conllevar un incremento del riesgo al bien jurídico de la seguridad pública. En idéntico sentido, las decisiones antes referidas, 37209 del 23 de noviembre de 2011 y 34829 del 27 de abril del mismo año, precisaron que la labor del juez, no se contrae sin más, a dictar una sentencia.

3.2.2.3. EL CONTROL MATERIAL DESDE LA DECISIÓN 29979 DE 2008 –CSJ-.

En igual medida, el pronunciamiento de casación que ya fue abordado tangencialmente, en punto de sus vastos planteamientos atinentes a los fundamentos doctrinales del sistema de preacuerdos y su dimensión en perspectiva de derecho comparado –*decisión 29979 del 27 de octubre de 2008*–, a propósito de la inviable intromisión del juez de conocimiento en la configuración de preacuerdos, empero, resulta bastante alusivo, ya se decía, a esos parámetros desde los cuales estructurar una tesis en torno de la

⁷⁸ M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

facultad del funcionario jurisdiccional para ejercer un control material del acto acusatorio.

Es así que, en referencia al principio de estricta jurisdiccionalidad, dicho pronunciamiento alude a las consecuencias de no rechazar un acuerdo que afecta garantías fundamentales, desde la crítica que, en atención a las figuras del derecho comparado -“*plea of guilty*” y “*plea bargaining*”-, se edifica en el aporte doctrinal de Luigi Ferrajoli, en punto de la adecuación del sistema a un estado social y democrático de derecho, y acorde al antedicho precedente constitucional, decisión C-1260 de 2005.

Discurre la decisión en trato –29979 de 2008-, en torno de la imperiosa improbación de un convenio que suponga la violación de garantías y en concordancia con el precedente constitucional alusivo al anterior sistema de Ley 600 de 2000 –*decisión C-425 de 1996*–; así mismo se enfatiza en el control sustancial que del acto acusatorio atañe al juez de conocimiento, en referencia a las precitadas decisiones de la Corte Constitucional, C-591 de 2005 y C-516 de 2007, además del mínimo de tipicidad y autoría que ha de verificarse en el preacuerdo, en correspondencia fáctica con la calificación jurídica.

Deviene así el pronunciamiento en cita, en el punto central de este aparte, cual se trata del control material del preacuerdo a cargo del juez de conocimiento y circunscrito, además del mínimo de evidencia que lleve al convencimiento más allá de toda duda razonable, en cuanto a la participación del acusado y su responsabilidad en el supuesto endilgado –*arts. 327, inc. 3 y 381, inc. 1 ib.*-, a la correspondencia que debe existir entre ese supuesto fáctico y la calificación jurídica demarcada por la fiscalía en la respectiva formulación.

Destaca la Corte que así se desprende del aludido precedente constitucional –*Sentencia C-1260 de 2005*-, en punto de la exequibilidad del artículo 350, numeral 2 *ibídem* y a propósito del antedicho deber de corrección que en la imputación le asiste a la fiscalía, a la cual “(...) *no le está permitido imputar la acción realizada por el procesado de modo que desconozca, desborde o no abarque en estricta correlación todos los aspectos que integran la conducta fáctica achacada: (...)*”.

Así, acude la Corte a la propia línea de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en la materia, con asidero en el precitado pronunciamiento emitido bajo el número de radicación 25724 del 19 de octubre de 2006⁷⁹ y referido a

⁷⁹ M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

la verificación a cargo del juez de conocimiento, de la correcta adecuación típica del supuesto fáctico, tanto en sede de allanamiento a cargos como en preacuerdos y negociaciones: “(...) *Equivocadamente, algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6 y 351 inciso 4° del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran la de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales –sic- por el artículo 29 de la Carta Política (...)*”.

3.2.2.3.1. ALUSIÓN A LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL –DECISIÓN 29979 DE 2008-.

De igual forma, en alusión al garantismo penal como referente doctrinario –“*Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”- y desde el principio de estricta jurisdiccionalidad de la actuación procesal, estrechamente emparentado con el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, retoma la Corte en la aludida decisión 29979 de 2008, su línea de pronunciamiento en relación con el sustento que a través de su correspondiente formulación, ha de observar la pretensión punitiva de la fiscalía –*Sentencia Rdo. N° 25513 del 5 de diciembre de 2007*:- “(...) *Según Luigi Ferrajoli, el principio de estricta legalidad, que se encuentra integrado con los axiomas nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione, no sólo está relacionado con una reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino también “implica todas las demás garantías –de la materialidad de la acción al juicio contradictorio- como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema” (...)* (...) “*Cuando la jurisdiccionalidad en estricto sentido se refiere de manera concreta a la garantía nullum iudicium sine accusatione (o, lo que es lo mismo, a “la garantía procesal de una acusación determinada contra el procesado como acto previo y de delimitación del juicio” (...)* ello implica que en las actuaciones penales la resolución de acusación (o su equivalente) no sólo debe contener, en materia de lenguaje, la misma rigurosidad orientada hacia la definición y delimitación del caso concreto con la que, en un sentido general y abstracto, el legislador denota dentro de las normas jurídico penales las acciones que considera punibles, sino que además, “debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar

exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin” (...) (...) *“En palabras más sencillas, la acusación, para efectos de su verificación y refutación durante la etapa del juicio, debe contener una clara e inequívoca delimitación tanto de los hechos jurídicamente relevantes del caso (imputación fáctica) como de los cargos que en razón de tales acontecimientos se formulan (imputación jurídica) en aras de respetar la estricta legalidad y jurisdiccionalidad del sistema” (...)*”.

Deriva entonces el planteamiento de la Corte en las exigencias que le están dadas al juez de conocimiento en sede del control de legalidad de los preacuerdos y negociaciones, bajo la abstracción de hipótesis que constituirían incorrecciones constitutivas del menoscabo de la garantía del debido proceso, en perspectiva del principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema y de la máxima garantista *“no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación”*, tales como: “una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica (...) un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el *nomen iuris* de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos”; constituyen todos, parámetros de imperiosa intervención, en el control que atañe al juez de conocimiento respecto de los convenios logrados entre las partes. Y se agrega como presupuesto de todo preacuerdo –*Sentencia 27759 del 12 de septiembre de 2007*–: ***“(...) consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamental la imputación jurídica”***.

Ahora, diferencia la Corte esa correspondencia inherente a la imputación fáctica con la imputación jurídica en sede del preacuerdo, respecto de la inmutabilidad de la misma atribución fáctica de la imputación, en alusión a lo establecido en decisión 27518 del 28 de noviembre de 2007⁸⁰ y bajo estimación de la imputación como condicionante fáctico de la acusación; esto es, a la valoración jurídica corresponde un carácter progresivo, inherente al grado de conocimiento abarcado entre imputación, acusación y juicio, en tanto que la imputación fáctica ha de permanecer inmodificable. Así pues, el juez de conocimiento habrá de ejercer el control respectivo de la negociación, primero, al verificar la inmutabilidad de la imputación fáctica y acto seguido, al evidenciar la correspondencia entre dicho marco fáctico y la

⁸⁰ M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

adecuación típica impresa en el preacuerdo, y al margen que tal valoración jurídica podrá corresponder o no con la deducida en la formulación de imputación, incluso, aún de estimarse errada la imputación jurídica, lo relevante es establecer la correspondencia entre el supuesto fáctico y la tipificación convenida.

Se trata pues de un precedente que relleva el principio de estricta tipicidad y que, en su momento, determinó, por ejemplo, la inviabilidad de negociaciones concebidas respecto de circunstancias específicas de menor punibilidad, sin sujeción al núcleo de la imputación fáctica; sin embargo, como se verá⁸¹, se suscribe un planteamiento según el cual esta clase de preacuerdos sí devienen inviables, mas, no en perspectiva del anunciado principio de estricta tipicidad, sino, de cara a los criterios de razonabilidad y prestigio de la administración de justicia, como baremos de imperioso análisis en el respectivo control de legalidad.

3.2.2.3.2. CUESTIONAMIENTOS, AMBIVALENCIA EN LA POSTURA DE LA CORTE –DECISIÓN 29979 DE 2008-.

A partir de allí, la decisión en trato, 29979 de 2008, presenta un punto de quiebre, pues, desde la misma vertiente doctrinal y en dimensión del principio acusatorio, plantea, en forma ambivalente, una vedada intromisión del juez en el acto acusación, en reivindicación del principio de imparcialidad, acorde con la tendencia que se decantara en anteriores líneas.

En ese orden, la Corte alude a los principios que vinculan al juez de conocimiento en la verificación del preacuerdo, a partir de sus consecuencias. Se refiere entonces al principio acusatorio, como componente basilar de la actual sistemática procesal penal y en punto de la abierta escisión entre las funciones de acusación y juzgamiento; ésta, en tanto parámetro de vertical trascendencia, es concebida como garantía de imparcialidad para las partes, la cual a su vez se erige en fundamento democrático de legitimidad de la misma función jurisdiccional, en perspectiva de la búsqueda de la verdad y el amparo de derechos fundamentales.

Dicha legitimación jurisdiccional, es pues dimensionada por la Corte, asimismo, a partir de la obra de Luigi Ferrajoli –*“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, pág. 580”*–: *“El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está*

⁸¹ Cfr. Aparte 3.3.2.3.2.1.3., bajo el acápite de aporte del autor.

llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto “representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: (...) al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías”.

Sin embargo, dicho abordaje en sede de la imparcialidad inherente a la función de juzgamiento, deriva en un planteamiento que en estrecha relación con el aparte referente al derecho comparado traído a colación en líneas precedentes, determina si es tal, la injerencia que, en la confección del preacuerdo, habría de tener lugar a cargo del juez de conocimiento y en punto a la adecuación típica de la imputación fáctica; proceder que la Corte estima absolutamente improcedente, pues de evidenciar algún extravío, al juzgador sólo le está dado rechazar el convenio, en punto a propiciar, bien sea la estructuración por las partes de otro preacuerdo que enmienda la incorrección, ora, el encausamiento ordinario de la actuación procesal, pues de otro modo, una intervención de este tenor, repercutiría en alteración de la dinámica adversarial y del equilibrio inherente a las partes, como derivación de la garantía de imparcialidad; además que, como se verá, el rechazo del preacuerdo es susceptible de contradicción. Así lo destaca la Corte en alusión al precedente antes referido –*Sentencia Rdo. N° 27759 de 2007*–.

Ahora, resulta necesario evidenciar que la Corte circunscribe tal proceder a dos supuestos que, de alguna manera, minimizan el análisis que ha de observar el control del funcionario juzgador respecto del preacuerdo; así, se estima entonces por la alta Corporación que plantear la corrección del convenio en perspectiva de una situación peyorativa para el acusado, sería adherir a la función acusatoria, en tanto que, intervenir de cara a una circunstancia benéfica, sería suscribir sin más la función defensiva; de allí que al asumirse en forma parcializada el rol de parte, se proscribiera este tipo de intervención por el juez de conocimiento.

Así se establece categóricamente en el pronunciamiento en cuestión:

“En efecto, si la intervención informal del juez está dirigida a modificar los límites punitivos del acuerdo en detrimento de los intereses del procesado, estaría actuando en pro de la función que le asiste a la Fiscalía como órgano de persecución. En cambio, si interviene para mejorar la situación jurídica del acusado en el acuerdo, estaría evidenciando un interés de índole particular en el proceso.

En cualquiera de estas dos situaciones, el funcionario, además de vulnerar ostensiblemente la imparcialidad, estaría desconociendo el presupuesto primordial del principio acusatorio, según el cual en el proceso penal nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo.

En otras palabras, cuando el juez en ejercicio del control de legalidad obra en defensa de los derechos y garantías fundamentales, tiene que hacerlo siempre y en todos los casos mediante la adopción de decisiones, es decir, mediante providencias debidamente motivadas y susceptibles del ejercicio del derecho de contradicción, así como del principio de doble instancia, y de ninguna manera por intermedio de comportamientos informales, por lo demás no contemplados en la ley, que susciten alteraciones sustanciales en los términos de una negociación, que como tal es del resorte exclusivo de las partes, esto es, tanto del acusado y el defensor como del representante del organismo acusador.”.

Al respecto, se considera que, en efecto, de ninguna manera le estaría dado al juzgador anteponer su criterio en relación con la confección del preacuerdo, mas, resulta ineludible, que apreciaciones como las referidas en precedencia y muchas más, en perspectiva de esa función de verificación inherente al control de legalidad del convenio, constituyan precisamente los argumentos que legitiman este ejercicio de la función jurisdiccional, bien sea por vía de aprobación o como fundamento del rechazo de la negociación; sin embargo, a manera de cuestionamiento, bien vale indagar por lo plausible que resulte para el juez de conocimiento, llamar la atención de las partes, con miras a que se evidencie determinada incorrección, mas, de manera obvia, será en función de aquéllas, que habrá de radicar la modificación o no del convenio, pues, en últimas, claramente será el rechazo del mismo, la decisión por la que habrá de optar el juzgador en caso que las partes persistan en el extravío, ya que, se insiste, es en éstas y de ninguna manera en el juez, en quienes radica la postulación para confeccionar el preacuerdo.

Además, tal como se dilucidara de manera precedente, ha de tratarse de un rechazo total de los términos del preacuerdo, pues, se decía, una aceptación o rechazo parcial, determina profundas repercusiones que no sólo inobservan el antedicho parámetro de imparcialidad del juez, sino, se contrarían esas legítimas expectativas que en perspectiva de su consentimiento, depositó el acusado en la negociación.

Se trata entonces de una férrea visión, la que imprime la Corte a esas facultades inherentes al juez de conocimiento en el control de legalidad del

preacuerdo, incluso, pese a que se trata de matizar esa talanquera en la función juzgadora, en el sentido de poder interrogar a las partes en torno a precisar aspectos relacionados con la tipicidad y demás, no obstante, se reitera el categórico criterio, en punto a que la intervención del juez de conocimiento *“no determine la modificación de la negociación, ni que desde el punto de vista de un espectador inteligente influya en la espontaneidad de la manifestación de culpabilidad por parte del acusado.”*

Se insiste entonces en el cuestionamiento que aquí se desarrolla, pues quién más llamado a encausar en términos de legalidad las pretensiones de las partes por vía de preacuerdos, que el juez de conocimiento, toda vez que se trate de cuestionamientos serios y directos, no de intervenciones simplemente persuasivas, sino de argumentos claramente dirigidos a develar a las partes una incorrección cierta, sin que, claro está, se imponga el criterio del estrado, en todo caso, sometido a la correspondiente controversia, bajo un pronunciamiento de aprobación o rechazo, tal como lo demanda la Corte y con base en unas pretensiones cuya última palabra respecto de su confección, atañe de manera exclusiva a las partes contrayentes.

Es que, más aún, se sigue el análisis de la Corte en la decisión en trato *-29979 de 2008-*, en el sentido que lo recomendable es que el acta de preacuerdo observe esa adecuada correspondencia entre tipicidad y marco fáctico imputado, por cuanto, precisa la misma Corte, *“en materia de subsunción del supuesto fáctico al predicado normativo, la Sala ha reconocido, en no pocas ocasiones, que ello implica una labor tanto interpretativa como valorativa por parte del juez a la hora de analizar la configuración de elementos descriptivos y normativos de los distintos tipos penales, así como la configuración de las causales de agravación y de atenuación, forma de participación y modalidad de imputación al tipo subjetivo, entre otras categorías jurídico penales:”*; así que, cómo marginar al juez de conocimiento de ese ámbito de maniobrabilidad con las partes, cuando se trata precisamente de un cúmulo de circunstancias que ha de ser objeto de análisis y que, se reitera, en últimas, claro está, las partes pueden controvertir la decisión adoptada, cualquiera fuere el criterio asumido por el juez, conforme deviene del antedicho pronunciamiento 27759 de 2007.

A manera de compendio entonces, se evidencia que, con posterioridad a la amplia línea de pronunciamiento que enfatizó en torno de los términos de corrección de la imputación o adecuación del acto acusatorio, sobrevinieron paralelas posturas, atinentes a la férrea inviabilidad de una intromisión a cargo del juez de conocimiento en la aprobación del preacuerdo y a la par, aquella referente al control material que le asiste al funcionario judicial sobre la negociación; constituye pues, la decisión en cita *-29979 de 2008-*, un

ilustrativo precedente que bien puede acopiarse en los fundamentos inherentes a ambas tendencias argumentativas.

3.2.3. CRITERIO DE UN CONTROL JUDICIAL MODERADO.

Ahora, a todo este panorama concebido desde la primigenia línea de decisión atinente a la corrección del acto imputación y acusatorio por parte de la fiscalía, y dimensionado entre las opuestas corrientes materia de análisis, referentes a la inviable intromisión del juez de conocimiento en el control de legalidad del preacuerdo y al carácter material que de dicho control ha de ejercer el funcionario judicial, sobreviene una posición ecléctica que viabiliza dicha injerencia del juez, pero de manera excepcional, ante la clara afectación de garantías fundamentales; aserto que, por demás, plantea un sinnúmero de variables que, en sentir del autor, permitirían confluir en una serie de parámetros que resolverían con mayor rendimiento, la tensión alusiva al control de legalidad del preacuerdo, en relación con la facultad dispositiva de la fiscalía respecto de su pretensión punitiva.

Esta posición intermedia, que evidencia la intervención excepcional del juez, puede dimensionarse a partir de la ya referida decisión 39892 del 6 de febrero de 2013, la cual, en alusión a la providencia 27218 del 16 de mayo de 2007⁸², reafirma que el acto acusación y la estructuración de preacuerdos son del entero resorte de la fiscalía y que no resisten intervención a cargo del juez de conocimiento, sin embargo, se da licencia para dicha intervención, excepcionalmente y en aquellos eventos en que se constate la violación de garantías; por demás, explícita la Corte, de manera acreditada, manifiesta, patente, evidente.

De la misma forma, la decisión 41570 del 20 de noviembre de 2013, citada precedentemente, en alusión a esas amplias facultades que le asisten a la fiscalía en la configuración de su pretensión punitiva y en la estructuración de preacuerdos y negociaciones como pauta de sostenibilidad del sistema, establece en referencia a las decisiones 21347 del 14 de diciembre de 2005 y 25389 del 10 de mayo de 2006, que entre los tópicos materia de preacuerdo, ha de analizarse a cargo del juez de conocimiento, que *“el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito”*; esto es, el sustrato fáctico inherente a la configuración del mismo. Igualmente, el mismo referente -41570-, al aludir a la decisión 25724 del 19 de octubre de 2006, base de ese primigenio precedente atinente a la

⁸² M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

corrección del acto imputación, refiere: *“velar por el respeto absoluto de las garantías fundamentales, dentro de las cuales se encuentran la legalidad de los delitos y de las penas, así como las de tipicidad y jurisdiccionalidad del sistema”*.

Posteriormente, la decisión 40871 del 16 de julio de 2014⁸³, da cuenta de ese deber del juez de conocimiento en cuanto a la aprobación de los preacuerdos, cuya sola intervención se reitera en términos de ese carácter excepcional, a partir de la violación de garantías, mas, deriva dicho pronunciamiento, en un criterio adicional, que hace extensiva la intervención del juez, ante supuestos que comporten un compromiso grosero y arbitrario de garantías; posición reafirmada en la decisión 43436 del 28 de octubre de 2015⁸⁴.

De igual manera, la ya referida decisión 47732 del 23 de noviembre de 2016⁸⁵, alusiva a esa vedada injerencia del juez, así como a la declaratoria de responsabilidad penal y deducción de mecanismos ejecutivos de la pena, en relación con la entidad delictiva materia de preacuerdo, que no respecto del delito fácticamente deducido, se hace extensiva a un criterio según el cual, el juez no puede intervenir en los preacuerdos, *“salvo en aquellos casos en que el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico sea tal que raye con la ilicitud, lo manifiestamente ilegal o trasgresor de las garantías fundamentales mínimas”*.

También, la ya analizada decisión 47630 del 14 de junio de 2017, a propósito de esa inviable intromisión en el preacuerdo, a partir del control de legalidad que ejerce el juez de conocimiento, no obstante, matiza dicha postura, al sugerir que la imputación jurídica tiene que guardar correspondencia con la propuesta fáctica y en efecto, replica el antedicho argumento atinente a que se habilita la intromisión del juez, ante el distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico, cuando el mismo raya con la ilicitud o en aquellos eventos en que se está a una manifiesta ilegalidad o transgresión de garantías fundamentales mínimas.

Otro pronunciamiento que, al margen de un decurso cronológico, logra dilucidar en mayor medida, no sólo esa intromisión excepcional en el preacuerdo por el juez de conocimiento, como presupuesto de un criterio moderado, sino, asimismo, logra compendiar las tres posturas que vienen de edificar la argumentación inherente a este análisis jurisprudencial, es la

⁸³ M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁸⁴ M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁸⁵ M.P. Éyder Patiño Cabrera.

decisión 45594 del 5 de octubre de 2016⁸⁶, de la cual bien vale la pena extractar su contenido a este respecto: *“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.”*

Así entonces, en punto de la primera posición, refiere la Corte como basamento la afectación del principio de imparcialidad y en alusión a los pronunciamientos ya analizados en precedencia, con excepción de la radicación 37951: *“CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886.”*

Respecto de la segunda tesis, atinente al control material del preacuerdo, según la citada decisión C-1260 de 2005, se referencian los pronunciamientos objeto de anterior análisis, 27759 del 12 de septiembre 2007 y 31280 del 8 de julio de 2009.

Y en cuanto al tercer criterio, alusivo a un control restringido, con fundamento en el precedente de la Corte Constitucional tantas veces citado, decisiones C-1260 de 2005 y C-059 de 2010, la sentencia en cita -45594 de 2016-, refiere: *“el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales”*. En sustento de esta tercera tesis, se refieren las ya analizadas decisiones 39892 del 6 de febrero de 2013, 40871 del 16 de julio y 42184 del 15 de octubre de 2014, de cuyo contenido se extracta que la intervención del juez sólo ha de tener lugar por violaciones objetivas y palpables, y 43436 del 28 de octubre de 2015, respecto de la que se destaca la licencia de intromisión del juez, únicamente ante un compromiso grosero y arbitrario de garantías fundamentales; punto éste, que asimismo se alude respecto de la decisión 42452 del 1° de octubre de 2014.

Es clara pues, la posición asumida por la Corte en la sentencia 45594, en punto de ese tercer criterio y atinente al control excepcional a cargo del juez

⁸⁶ M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

de conocimiento, ante afectaciones manifiestas y groseras de derechos fundamentales.

Adicionalmente, en la ya analizada decisión 43356 del 3 de febrero de 2016, se relievra que la aprobación de preacuerdos es vinculante para el juez, pero que éste no debe permanecer pasivo ante la presentación de los mismos, pues excepcionalmente se habilita su intervención ante dichas actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías de las partes o intervinientes, o ante la afectación del principio de legalidad. Allí, se refiere también la citada providencia 27759 del 12 de septiembre de 2007; si bien, como se anotó de manera precedente, se discrepa en cuanto al supuesto de aceptación o rechazo parcial de los términos del preacuerdo y se propugna por un pronunciamiento en legalidad respecto de la negociación íntegra, no obstante, se resalta de la aludida referencia, en cuanto a la consagración legal en la materia:

“No existe previsión legislativa con carácter de mandato –imposición- al juez para que apruebe o impruebe los preacuerdos *“en su totalidad”*; al contrario, lo que la ley dice es que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento **salvo** que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales (Art. 351 inciso cuarto).

(...)

(...) 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.

(...)

(...) cuando el juez de 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, (...).”

Dicha postura, se reitera recientemente en sentencia 49678 del 26 de abril de 2017⁸⁷ y en la que se reafirma la necesaria intervención del juez ante evidente distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico.

Para completar el análisis referente a esta ecléctica postura bien vale traer a colación una vez más, los juiciosos planteamientos expuestos en sendos salvamentos de voto, por los Magistrados Fernández Carlier y Salazar Cuéllar, a la línea de decisión en torno de la declaratoria de responsabilidad penal y deducción de mecanismos sustitutivos de la pena, en relación con la entidad delictiva materia de preacuerdo, que no respecto del delito fácticamente deducido, a propósito de la reivindicación de los derechos de las víctimas, respecto de la relatividad de la garantía *pro homine* y extensiva a los pronunciamientos 43356, 45736, 45181, 46101 y 46684 de 2016, y 48293 de 2017.

Se extracta del salvamento del primero citado a la decisión 46684 del 23 de noviembre 2016, ponencia compartida de los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y Fernando Alberto Castro Caballero y aplicable en punto de la intervención del juez en materia de preacuerdos:

“3.7. El principio Pro Homine no tolera interpretaciones que favorezcan a una de las partes del proceso penal con sacrificio de los derechos y garantías de otros, como los intervinientes.

El Principio Pro Homine (PPH) es un principio general del derecho del que se nutre la interpretación de la ley para hacer prevalecer el alcance extensivo o restrictivo que amparen derechos universalmente reconocidos a la persona.

El Principio Pro homine, se caracteriza por no ser absoluto, a través suyo no se pueden hacer prevalecer interpretaciones que favorezcan al procesado con sacrificio de los derechos que objetiva y justamente le corresponden a la víctima o viceversa.

La hermenéutica que autoriza el PPH es relativa, se deben respetar los derechos y las garantías que correspondan a todas las partes e intervinientes, al inculcado y a la víctima del delito, esta ecuación es un presupuesto esencial del susodicho principio general.

Al condenarse por el delito no cometido se vulneran derechos y garantías, entre otros, de la víctima, sacrificio que evita con la declaración de

⁸⁷ M.P. Éyder Patiño Cabrera.

responsabilidad por el delito cometido y la imposición de la pena que resulte preacordada en un monto específico o por el equivalente en el caso de la degradación o readecuación.”.

E igualmente, se extracta del aludido salvamento:

“3.12. No son vinculantes los preacuerdos que afecten garantías fundamentales.

La Ley 906 de 2004 ha condicionado la eficacia de los preacuerdos al respeto de las garantías fundamentales, pues no son vinculantes los que las desconozcan o quebranten (artículo 351, inciso 4 ejusdem).

Negocios jurídicos que afecten el debido proceso, la defensa, los derechos constitucionales a la verdad, justicia y reparación, entre otros, no son oponibles, no son exigibles jurídicamente y por ende en ellos no puede sustentarse ningún juicio de responsabilidad penal.”.

Y se concluye:

“En materia de preacuerdos, por regla el juez no puede hacer control material, solamente por vía excepcional debe hacerlo si de manera grosera, arbitraria, se desconoce la estricta tipicidad. No habría lugar cuando sobre la adecuación no hay duda, ni se trata de un supuesto jurídico discutible, problemático.”.

A la par, la disidencia de la Magistrada Salazar Cuéllar, respecto de la misma decisión y en punto de la inescindibilidad entre delito pre-acordado y condenado, destaca que la función del juez no es neutra, en alusión al precedente doctrinal y constitucional:

“4. Consecuencias de asumir la doctrina jurisprudencial dominante:

Asumir más allá de lo estrictamente punitivo el alcance de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado, trae consecuencias bastante gravosas para el sistema del proceso penal, convirtiendo la sentencia judicial en simple acta de refrendación de una negociación, distanciada en sus fundamentos de la realidad, y no como el escenario propicio de reivindicación de los principios que, como expresión de legitimación jurídica y política, permiten el control democrático a la intervención punitiva del Estado”.

Se sigue en pie de página:

“LUIGI FERRAJOLI, El juicio penal, en: Epistemología jurídica y garantismo. Distribuciones Fontamara, México, 2006, p. 233: “Las sentencias... exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos de los hechos y reconocitivos del derecho, de cuya verdad jurídica y fáctica depende tanto su validez o legitimación jurídica (o interna o formal), como su justicia o legitimación política (o externa o sustancial)”.”.

Y a espacio:

“Pero además, cuando se asume la interpretación de la Sala mayoritaria, es apreciable la potencial afectación del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, reflejada especialmente en las prerrogativas a obtener la verdad y la reparación por el delito realizado (artículo 250-7 de la Constitución Política)”.

Como se advierte, se trata de un criterio insular, pero, se reitera, constituyen éstos, juiciosos argumentos, si bien, cimentados en perspectiva de la reivindicación de los intereses de las víctimas, no obstante, refulgen en lo atinente al control que ha de ejercer el juez de conocimiento, ante las enormes connotaciones que devienen de las eventuales irregularidades en que se pueda incurrir en la confección de los preacuerdos, si insiste, no sólo de cara al principio de legalidad, en su variable de estricta tipicidad, sino, además, en lo atinente a la afectación cierta de garantías fundamentales que supone esta clase de extravíos, respecto de las mismas partes, los intervinientes procesales y la función jurisdiccional en sí, cuya legitimidad está incidida, entre otras, por la prerrogativa constitucional de tutela judicial efectiva y asimismo, por el prestigio de la administración de justicia y el imperativo de verdad, justicia y reparación.

3.2.4. COMPENDIO DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Evidente entonces, esa preponderante visión restringida que, en el control judicial, imprime al tema de los preacuerdos el precedente de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, es clara la reivindicación que a partir de múltiples referentes jurisprudenciales, logra establecerse respecto de ese control material a cargo del juez de conocimiento.

Así, aunque la anterior argumentación dio cuenta de la adherencia al pleno ejercicio del juez, de ese control de carácter material, que no simplemente

formal, no obstante, deviene mesurada y en un todo conveniente, la tesis ecléctica que así mismo se obtiene del precedente de la Corte y tendiente, no a menguar el control judicial en su dimensión material, sino, a excepcionar su ejercicio, primero, de manera obvia, ante la clara afectación de garantías fundamentales, pero, además, en aquellos eventos de extravíos protuberantes, en lo que al sustrato fáctico objeto de imputación, respecto de la imputación jurídica por la que opte negociar la fiscalía se refiere.

De ahí que, se decanta pues esta argumentación, por la asunción de ese criterio intermedio, que apela a la intervención excepcional del juez de conocimiento en el control de preacuerdos y negociaciones, ante el palmario distanciamiento entre la base fáctica imputada y la calificación jurídica, en razón de groseras o arbitrarias actuaciones asumidas por la fiscalía o en orden a la trasgresión, patente, objetiva, de garantías fundamentales.

Como se decía, se trata de un criterio absolutamente medido y que se proyecta con mayor rendimiento, respecto de las complejidades que aquí son materia de análisis y referentes a las particularidades que se ofrezcan en el estudio en concreto de cada asunto, a propósito del control judicial en cuestión.

Efectivamente, un carácter material, aunque excepcional, del control judicial en preacuerdos, bajo estricta verificación de la correspondencia entre el sustrato fáctico del supuesto delictivo y la calificación jurídica, aunque siempre con miramiento al prestigio de la administración de justicia, como interés sobre el que se reivindica ese ejercicio de la función jurisdiccional, repercute más satisfactoriamente ante esa clase de extravíos o hipótesis insalvables, bajo un baremo que permite precaver circunstancias que bien pueden desdecir de ese control material, no sólo en clave de las expectativas de negociación que se radican en las partes, sino, también, en lo atinente a ese parámetro dispositivo que privativamente recae en el ente acusador respecto de su pretensión punitiva y en cuanto al carácter imparcial que por antonomasia le asiste al juez de conocimiento en el ejercicio jurisdiccional.

De esta manera, tal criterio abre paso a un fundamento sobre el que se estructura el aporte de la presente elaboración académica y que se adscribe a un juicio de legitimidad de la justicia pre-acordada, se itera, en el marco del prestigio de la administración de justicia y bajo la égida de la razonabilidad como presupuesto que, en sentir del autor, constituye un parámetro inescindible del análisis inherente al control del juez de conocimiento, sobre los preacuerdos y negociaciones, y en las hipótesis antedichas que habilitan dicha intromisión excepcional.

3.3. APOORTE DEL AUTOR.

3.3.1. PANORAMA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE.

Se logra rastrear pues en el precedente jurisprudencial, la marcada tendencia permisiva que, en los últimos años, ha imprimido la Corte al tema de preacuerdos y negociaciones, en perspectiva de las amplias facultades que, en consideración del órgano supremo, le asisten a las partes, fiscalía y defensa, en lo que a la configuración de esta clase de convenios se refiere.

En efecto, resulta consolidada esa línea jurisprudencial según la cual, le está vedado al juez de conocimiento, ejercer intromisión alguna en los términos del preacuerdo, so pretexto del control de legalidad que le es inherente y menos aún, anteponer su criterio al de la Fiscalía, en punto de la libre determinación de su pretensión punitiva, a la par que la labor defensiva, se halla en absoluta posibilidad de transigir con su contraparte, en uno o varios aspectos de la acusación, incluso, sin ningún asidero fáctico y al margen de la carente razonabilidad o el desprestigio de la administración de justicia que eventualmente, pueda devenir del preacuerdo confeccionado en esas condiciones; más aún, es en el ente acusador que no en el órgano judicial, que se deposita esa función de salvaguardar el prestigio del valor justicia.

3.3.2. DISCRECIONALIDAD DE LA FISCALÍA VS. CONTROL JUDICIAL.

Es incuestionable, la libre disposición que, en la configuración de su pretensión punitiva le asiste al ente acusador, al margen de la posición del juez de conocimiento, es decir, tal como se aludía, no le está dado al funcionario juzgador anteponer su criterio al del ente acusador; sin embargo, ello no es óbice para que el juez, en ejercicio de la legitimidad que le es inherente en su función jurisdiccional, a propósito del control de legalidad que ha de efectuar respecto del preacuerdo, proceda a verificar la viabilidad del convenio, precisamente, en términos de legalidad.

Lo anterior, por cuanto, de un lado, ya se dijo, la dinámica adversarial que supone el sistema acusatorio penal, no enmarca al funcionario juzgador como un convidado de piedra, con una simple función fedataria del acto de negociación que se presente entre las partes; no, se insiste, en ejercicio de esa legitimidad que conlleva la función jurisdiccional y en punto de legalidad,

los preacuerdos deben ser objeto de aprobación por el juez de conocimiento; y ello, en efecto, deviene en un análisis de legalidad, tendiente a establecer de un lado, los términos de elaboración del convenio y del otro, las consecuencias que irradie este tipo de actuación abreviada, de cara al funcionamiento de la administración de justicia.

3.3.2.1. LA FISCALÍA, OBSERVANCIA DE SUS DEBERES.

Es así que, todo preacuerdo, debe provenir de un ámbito de permisión, que se corresponda con las directrices que ha de emitir la Fiscalía General de la Nación, en punto a delimitar los parámetros que ha de observar el respectivo delegado para dichos convenios; pautas que habrá de encausar el orden central del ente acusador, acorde a los parámetros de política criminal que le atañen como pilar de la actividad persecutora estatal.

Tal sujeción por parte de sus delegados a las directrices del orden central, ha de tener lugar en la estructuración de preacuerdos y negociaciones, como máxima establecida en la norma procedimental, artículo 348, inciso 2: *“El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”*; se trata de un mandato legal y constitucional, según el cual, es atribución y función especial de la Fiscalía General de la Nación, *“(…) en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.” -arts. 116, num. 3 ib. y 251, num. 3, C. Política-*.

Lo anterior además, por cuanto el antedicho mandato constitucional, se hace extensivo a radicar en la Fiscalía General de la Nación, la función especial de *“Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal (...)” -num. 4 ib.-*; además que la normativa procedimental, establece asimismo la adecuación de sus actuaciones al principio de objetividad: *“La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.” -art. 115 C.P.P.-*.

Así pues, este tipo de directrices habría de suponer la obligatoria observancia de parte de las directivas seccionales, en punto a la actuación de cada delegado en el orden seccional y local; y ello, como simple

derivación de un principio de mayor envergadura en el andamiaje procesal penal, cual se trata de la seguridad jurídica, pues, precisamente, a propósito del prestigio de la administración de justicia, bien vale circunscribir la terminación abreviada del proceso penal por esta vía, a un ámbito de regularidad, donde las concesiones de las que se hacen destinatarios los sujetos pasibles de la pretensión punitiva estatal, puedan corresponderse en unos y otros eventos con un estándar de negociación.

Por ende, resulta a todas luces anómalo que determinados delegados opten por onerosas concesiones en sus preacuerdos, en términos de ostensibles rebajas punitivas derivadas de benévolas deducciones de cargos, a la par que, análogas negociaciones, se enmarquen en contraprestaciones mucho más ponderadas, que francamente riñen con esas desmedidas prebendas y que, en últimas, desdican, no sólo de la seguridad jurídica que se debe al sujeto pasivo de la acción penal, sino, además, de la garantía de igualdad que radica en éste, cuando unos y otros casos son resueltos con tan disímiles raseros, con el obvio descrédito que de allí deviene hacia el conglomerado social⁸⁸. Se insiste pues, la confección de preacuerdos ha de corresponder en primera medida, a férreas directrices que emanen del orden central.

De lo anterior, da cuenta, particularmente según la línea jurisprudencial objeto de análisis antecedente, el requerimiento efectuado por la Corte a la Fiscalía General de la Nación, en decisión con radicación 42184 de 2014 y en el sentido de impartir claras directrices a sus delegados, acerca de los parámetros para efectuar preacuerdos y negociaciones.

Ahora, es del caso deslindar esta facultad deber en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de impartir claras directrices, reglas de conducta a sus delegados, respecto de la configuración de preacuerdos, con aquellas instrucciones que puedan transmitirse a un delegado en un caso específico; en todo caso, habrá de atenderse que se trata de admoniciones impartidas en el ámbito administrativo, dentro de ese orden jerárquico inherente al ente acusador que, de ninguna manera, puede sobreponerse sobre el control jurisdiccional que imparta el juez de conocimiento, por lo demás, habrá de tratarse de directrices previas, que oportunamente se ejerciten por el delegado en el ámbito jurisdiccional o vía contradicción de la decisión allí adoptada, a través de los recursos de ley.

⁸⁸ Al respecto, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional, en decisión C-599 de 1999, a propósito del principio de igualdad ante el poder punitivo estatal y como reflejo de la máxima de seguridad jurídica, tal como fuera referida de manera precedente.

Por otra parte, la consolidación de la actividad persecutora, en perspectiva de legitimidad y en orden a esa seguridad jurídica que ha de emanar de las negociaciones que efectúen los respectivos delegados del ente acusador, además debe observar un riguroso análisis, precisamente, en términos de legalidad, de cara a la construcción dogmática del supuesto delictivo en trato, acorde a los pormenores de la correspondiente base fáctica; ello, ineludiblemente, se aviene, en efecto, al análisis de legalidad del preacuerdo.

Más aún, de no sujetarse el delegado fiscal a dichas pautas en la estructuración de preacuerdos, en abierta inobservancia del referido mandato legal, no sólo se reivindica el ejercicio del control material a cargo del juez de conocimiento, sobre quien recaerá esa responsabilidad de conjurar los extravíos de que adolezca la respectiva negociación, sino que además, quedará en entredicho, de un lado, el principio de legalidad o la razonabilidad del convenio y de suyo, el prestigio de la administración de justicia, a la par que se estará a la trasgresión de garantías fundamentales en cabeza del imputado o acusado, es decir, la fiscalía acometerá su pretensión punitiva, sin haber atendido su función acusadora con objetividad, transparencia y en términos de corrección.

3.3.2.2. CONTEXTUALIZACIÓN DOGMÁTICA.

De manera evidente, no se puede construir una válida negociación, si la Fiscalía no da cuenta, en primera medida, de los parámetros de adecuación típica de la conducta y estructuración del tipo penal en sus ámbitos objetivo y subjetivo, de cara a los elementos que edifican tal tipicidad, incluida la afectación potencial o efectiva del bien jurídico, y considerando o no alguna causal eximente o atenuante de responsabilidad, o aún, en perspectiva de culpabilidad, acorde además a la configuración de los presupuestos que dan lugar al juicio de reproche. Sólo en la medida en que se logre este tipo de abordaje, podrá estimarse la legalidad del preacuerdo que se somete a consideración del juez de conocimiento⁸⁹.

⁸⁹ Como desarrollo del principio del debido proceso en el trámite abreviado, vía aceptación de cargos, se ha pronunciado la Corte, de manera reciente, en torno de la máxima de legalidad desde la configuración de los elementos estructurales del delito y en alusión además a los presupuestos de responsabilidad previstos en el artículo 381 del C.P.P. –“*Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.*”-, que asimismo hace extensivos a la terminación anticipada, en la ya citada decisión 45495 de 2017 y en referencia a la sentencia C-1195 de 2005 de la Corte Constitucional, por demás,

Adicionalmente, la alteración de la pretensión punitiva que se edificara, bien, a través de acto de imputación, ora, por vía de acusación, y que se constituya en la contraprestación del preacuerdo logrado, debe dimensionarse por parte de la Fiscalía, según se trate de una modificación que resiste el componente fáctico de su pretensión de condena, o acorde al parámetro de razonabilidad o prestigio de la administración de justicia que ha de devenir de una modificación de los cargos, sin apego al sustrato fáctico que dio lugar a la inicial pretensión; por ende, la Fiscalía habrá de constatar si la base fáctica imputada o acusada, es correspondiente con los cargos sostenidos vía preacuerdo o si la negociación resiste la alteración de los cargos, razonablemente y de cara a aprestigiar la impartición del valor justicia.

Por demás, como se desarrolló anteriormente, la Fiscalía ha de dar cuenta de un mínimo de tipicidad y autoría o participación, a partir de los elementos que sustentan su pretensión punitiva, en términos de la preceptiva establecida en el artículo 327, inciso 3 de la norma adjetiva y con miras al encausamiento abreviado de la actuación procesal, vía preacuerdo.

Así pues, no se desconoce el trascendente rol que desempeña el ente acusador en el esquema de justicia negociada y que, al margen del control de legalidad que le asiste por competencia al juez de conocimiento, ha de dimensionarse a partir de la consolidación de la Fiscalía como vértice de la pretensión punitiva estatal, al que asimismo le es inherente un ámbito de legitimidad que permita concebir la acción persecutora, desde un filtro de convalidación respecto de aquellos casos que son susceptibles de determinado marco de negociación con el destinatario de esa modalidad de *ius puniendi*.

Como se decía en anterior acápite, es función del delegado fiscal en la estructuración de preacuerdos, por mandato legal y constitucional, no sólo observar las directrices del orden central en los parámetros establecidos como política criminal del Estado, en punto al prestigio de la administración de justicia y la evitación de su cuestionamiento, sino, asimismo, propender por la adecuación de su actuación en términos de corrección a la Constitución y la ley, de cara a los criterios de objetividad y transparencia.

como reafirmación del criterio sentado en la providencia 47630 de 2017, que a su vez aludiera a la decisión 40871 de 2014, en el mismo sentido.

3.3.2.3. CONTROL JUDICIAL.

Pero a la par, ya se decía, es en el juez de conocimiento en quien recae el control de legalidad, así propuesto el marco de negociación que ha de observar el ente acusador. Sobre el particular, se considera que es, precisamente, desde la pretensión punitiva sobre la cual se edifica la sede de conocimiento, que ha de partir el análisis del funcionario juzgador, así, bien se trate de formulación de imputación o asimismo de acusación, será ese el eje sobre el cual se estructure el respectivo control de legalidad.

Y ello, como propósito de determinación del parámetro de contraprestación en que se circunscribe el convenio, pues, uno será el análisis, tal como se anunciaba de manera precedente, de sostenerse la base fáctica de imputación o acusación, y otro, el que devenga, ante la mutación del sustrato fáctico que dio origen a la primigenia pretensión punitiva de la Fiscalía.

3.3.2.3.1. PRESUPUESTOS DEL CONTROL DE LEGALIDAD.

3.3.2.3.1.1. COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL.

El correspondiente pronunciamiento de legalidad en torno al preacuerdo propuesto, ha de estar precedido de una verificación en punto de la competencia, a menos que se abarque un estadio procesal posterior a la acusación, sede en la que hubo de dilucidarse la radicación del asunto –*arts. 339 y ss. C.P.P.*-.

3.3.2.3.1.2. MÍNIMO INFERENCIAL.

Adicionalmente, tal como ya se ha desarrollado, ha de verificarse si se está al mínimo de respaldo fáctico que exige el canon 327, inciso 3 *ibídem*, que dé cuenta de tipicidad y autoría o participación, y que, en esa medida, pueda viabilizar el encausamiento abreviado de la actuación, vía preacuerdo; en efecto, el fiscal del caso ha de aducir, como sustento de los cargos inherentes a la negociación, los elementos que soporten dicha pretensión punitiva; esto es, en atención al principio de libertad probatoria –*art. 373 ib.*- tendrán que aportarse aquellos medios de prueba que fundamenten la tipicidad de la conducta, en un mínimo que permita inferir esa adecuación del

comportamiento endilgado, a un tipo o tipos penales, en observancia, claro está, de todos los elementos constitutivos de ese marco de tipicidad, tanto en su fase objetiva como subjetiva; v. gr., en un ilícito de porte de estupefacientes, habrá de aducirse al menos la prueba preliminar de la naturaleza de la sustancia y su pesaje, como para determinar un marco prohibitivo que, de un lado, exceda la dosis personal y que, efectivamente, se trate de una sustancia ilícita; o en una hipótesis de porte de armas, deberá estarse a la respectiva prueba de aptitud del elemento bélico que le haga constitutivo de potencial afectación a la seguridad pública a través del fenómeno de disparo, al igual que se evidenciará la carencia de licencia por parte del acusado, para su porte o tenencia; pero, asimismo, tal mínimo probatorio, ha de hacerse extensivo a establecer la respectiva autoría o participación en la comisión delictiva, por ejemplo, a través de informe policivo relativo a un supuesto de captura en flagrancia o mediante entrevistas acopiadas en curso del plan metodológico, alusivas a señalamientos por parte de algún testigo, etc., además de la documentación correspondiente a establecer la plena identidad del enjuiciado por esta vía.

Se trata pues de un mínimo inferencial que, obviamente, más allá de suponer un aporte lacónico, concreto, ha de dimensionarse como el estándar probatorio básico para poder edificar esa pretensión punitiva en términos de tipicidad y autoría o participación; sólo entonces, en la medida que se aduzca por la fiscalía ese acopio de medios de conocimiento que mínimamente soporten los cargos endilgados, podrá habilitarse el respectivo pronunciamiento en legalidad, tendiente a la aprobación del preacuerdo; de lo contrario, por supuesto, habrá de improbarse la negociación, por carencia de sustrato fáctico.

Sin embargo, valga significar que el anunciado presupuesto, en cuanto a un mínimo de tipicidad y autoría o participación, supone respecto de estos dos últimos parámetros, un análisis excluyente, es decir, el aporte inferencial ha de dar cuenta mínimamente, bien, de un supuesto de autoría o de uno de participación, no se trata incluyentemente de que se sustente una u otra condición, pues, claramente, en un hipotético evento en que llegare a aceptarse responsabilidad por autoría, cuando los medios inferenciales dan cuenta de un supuesto de complicidad, tal circunstancia determina la improbación del convenio. Es claro que ello implica una arbitraria, cuando menos, caprichosa afectación del principio de legalidad y de contera, de garantías fundamentales.

Contrario sensu, de acreditarse inferencialmente un supuesto de autoría, la deducción de complicidad sí implicaría, en determinadas condiciones de razonabilidad y prestigio de la administración de justicia, la validez del

convenio. Se estima una contraprestación procedente, vía deducción favorable de cargos, toda vez que, se itera, no se advierta irrazonable o desprestigie la impartición del valor justicia, acorde al análisis del caso en concreto; es decir, la inferencia razonable de autoría, puede dar lugar a una degradación de responsabilidad vía complicidad, aun cuando no exista base fáctica para ello, al tenerse como una contraprestación que, de cara a las particulares condiciones del actuar delictivo y consecuencias mismas que deriven del preacuerdo, se dé en observancia de las antedichas premisas.

Igualmente, en perspectiva de tipicidad, si de manera perjudicial a los intereses del acusado, se acepta responsabilidad penal por un supuesto de llevar consigo sustancia estupefaciente, sin que acorde a la actualidad jurisprudencial en la materia, logre acreditarse inferencialmente la cualificación subjetiva del tipo, de cara a la destinación del material con fines de expendio, distribución o suministro, pues simplemente ello deviene en el rechazo del preacuerdo, ya que, de manera obvia no se está a un mínimo de tipicidad. Constituiría en la misma medida, una clara afectación del principio de legalidad y la manifiesta trasgresión de garantías fundamentales.

Sin embargo, bien podría configurarse una hipótesis en la que, al margen de lo desfavorable que resulte la propuesta jurídica del preacuerdo a los intereses del acusado, en el sentido de habersele formulado una pretensión punitiva vía imputación o acusación, por cargos menos gravosos a los que surjan del preacuerdo, no obstante, resulte plausible que esa “*desfavorable*” negociación, por razones inherentes a la estrategia defensiva, devenga absolutamente conveniente, de cara a las particulares circunstancias que rodean el actuar delictivo; v. gr., si en el aludido supuesto contra la salud pública, subyacen otras entidades delictivas, como concierto para delinquir, uso de menores para la comisión de delitos, o cualquiera otra conducta punible que agrave la situación del imputado o acusado, por lo que, en últimas, el preacuerdo en esas condiciones tiene por fundamento conjurar el despliegue de la acción penal en su contra; evidentemente, se trata de un evento en el que la defensa habrá de significar esa mayor conveniencia a los intereses de su representado, más allá que, *prima facie*, se advierta una negociación desfavorable en relación con la pretensión punitiva de la fiscalía.

También a la inversa, si se pre-acuerda la tipificación del segundo inciso del artículo 376, inherente al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en un rango que no supera los cien (100) gramos de cocaína o los mil (1000) gramos de cannabis, cuando en realidad la base fáctica se correspondía con el inciso 3, en gramajes superiores a las antedichas cantidades, así mismo podría aludirse a la aprobación del convenio, en determinadas condiciones,

esto es, en perspectiva de razonabilidad y prestigio de la administración de justicia, se itera, de cara al análisis del caso en concreto.

3.3.2.3.1.3. OBSERVANCIA DE GARANTÍAS Y DERECHOS.

Por último y como presupuesto inherente al control de legalidad, el juez de conocimiento ha de indagar por la observancia de las garantías procesales que radican en el destinatario de la pretensión punitiva de la fiscalía, vale decir, tendrá que constatar que sus prerrogativas legales y constitucionales permanezcan incólumes, de cara a la aceptación de cargos por la que propugna el acusado, vía preacuerdo, en aquiescencia de la defensa y según los parámetros del convenio que tuvo lugar con la contraparte fiscalía.

Debe tratarse pues de esa manifestación libre y voluntaria de asentir en los términos del preacuerdo, a través de una clara constatación de que al aceptante le asista, de un lado, la aprehensión de cada una de las cláusulas del convenio, y del otro, esa intención cierta e inequívoca, consciente de las implicaciones inherentes a la asunción de cargos por esa vía de negociación, en correlativa dimensión de la contraprestación o beneficio que la misma conlleva y toda vez que se esté a su cabal asesoramiento por parte de la labor defensiva. De manera obvia, cualquier extravío en perspectiva de los derechos y garantías que radican en el ciudadano acusado, ha de dar lugar al rechazo del preacuerdo.

Correlativamente y en aquellos supuestos que conllevan la intervención procesal de la víctima, en términos del mismo pronunciamiento jurisprudencial materia de anterior análisis –*decisión 42184 de 2014*–, la fiscalía tendrá el deber de escuchar al interviniente procesal en la confección del preacuerdo, al margen que no le sea oponible su criterio; surge entonces, acorde a dicha preceptiva jurisprudencial, la carga para el ente acusador de dar cuenta, argumentativamente, de por qué atiende o no el criterio de la víctima, en la elaboración del preacuerdo. Deberá cerciorarse pues el juez de conocimiento, de que la víctima participe activamente en la correspondiente audiencia de verificación del preacuerdo y con obvedad, en cuanto explicita su oposición a los términos del convenio, pues, se itera, será carga de la fiscalía argumentar por qué no atendió las manifestaciones de la víctima⁹⁰.

⁹⁰ Al respecto, también se ha pronunciado la Corte en la ya aludida decisión 40871 de 2014 y en referencia a la providencia 36901 de 2011, en el sentido que no le está dado a la víctima oponerse a los preacuerdos, en procura de una mayor imposición de pena o con

Por manera que, la efectiva constatación a cargo del juez de conocimiento, de los presupuestos que habilitan un pronunciamiento en legalidad, se itera, determinación de la competencia, acreditación de un mínimo de tipicidad y autoría o participación, y observancia de los derechos y garantías del acusado y de la víctima, viabilizará dicho examen de legalidad en torno a la negociación propuesta.

3.3.2.3.2. EXAMEN DE LEGALIDAD.

Una vez auscultada la configuración de esos presupuestos que habilitan el pronunciamiento en legalidad, el juez ha de acometer dicho análisis constitutivo del control de la negociación, a partir de una contrastación entre la imputación o acusación, tal como fuera formulada, en sus dimensiones fáctica y jurídica, respecto de aquellos cargos que edifican el preacuerdo como pretensión punitiva de la fiscalía; es pues, acorde a la variación que conlleve la estructuración del convenio y en relación con los cargos inicialmente formulados, vía imputación o acusación, que podrá establecerse de manera subsiguiente, cuál es el ámbito de negociación, en orden a la respectiva contraprestación que se evidencia como consecuencia de la aceptación de cargos.

3.3.2.3.2.1. CONCEPTO DE RAZONABILIDAD.

Es allí, en el ámbito de la contraprestación concebida, fruto de la variación jurídica que proponen las partes, en cuanto a los cargos endilgados por la fiscalía, que ha de considerarse un marco de razonabilidad, en lo que al sustrato fáctico que dio lugar a la primigenia imputación o acusación se refiere, pues, de manera evidente, es esa mutación de la pretensión punitiva, la que ha de corresponderse en términos razonables con el núcleo fáctico que se mantiene. De contera, es claro que habrá que pre-acordarse en torno de unas premisas fácticas endilgadas vía imputación o acusación y no por un fundamento fáctico diferente.

miras a la denegación de sustitutos penales, como quiera que, explicita la Corte, los valores de verdad y justicia no tienen relación intrínseca con el monto de pena o el modo de ejecución de la sentencia.

Es en este punto donde cobra vital trascendencia el concepto de razonabilidad que no sólo se inspira en la preceptiva que establece la norma procedimental, como pauta para la celebración de preacuerdos y negociaciones en el proceso penal, según las directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación y en orden a los criterios de política criminal del Estado, con miras a materializar el prestigio y legitimidad de la administración de justicia, al igual que en perspectiva de principios moduladores de la actividad procesal como la ponderación, de cara a evitar excesos que contraríen la función pública y en especial, la justicia –*arts. 348 y 27 ib.*-, sino, además, se erige como elemental baremo de imperiosa observancia, precisamente, para encausar en términos de legalidad los convenios en que logren transigir las partes, fiscalía y defensa, a propósito de la disponibilidad que de la pretensión punitiva le asiste al órgano acusador y en relación con determinada contraprestación de la que se haga destinatario el sujeto pasible de la acción penal.

Será pues en términos de razonabilidad, que habrá de transigirse en torno de la pretensión punitiva de la Fiscalía y a partir del beneficio o beneficios que logren dimensionarse en favor del ciudadano acusado, como parámetro para impartir legalidad al convenio, bajo rigurosa verificación jurisdiccional y en pro de la legitimidad inherente a la administración de justicia.

3.3.2.3.2.1.1. DISCRECIONALIDAD DE LA FUNCIÓN ACUSADORA VS. RESPALDO PROBATORIO DE LOS PREACUERDOS.

Así entonces, el concepto de razonabilidad se constituye en una construcción dialéctica; de un lado, se tiene el criterio de discrecionalidad inherente en la sistemática procesal penal a la fiscalía, en lo que a la disposición y configuración de la pretensión punitiva se refiere, de cara a la confección de preacuerdos y negociaciones; y, de otro lado, será a partir de las exigencias que se radican en el órgano jurisdiccional, en sede del control de legalidad del respectivo convenio y en orden a los parámetros inherentes a dicho examen, que podría rastrearse este tipo de presupuestos, en el respaldo fáctico, probatorio, de las condiciones de negociación.

En efecto, transita la concepción del control de legalidad de los preacuerdos, entre la reivindicación de esas amplias facultades que se radican en la fiscalía, en detrimento del control judicial, y la delimitación de las mismas, en perspectiva de la fehaciente acreditación a través de medios de prueba, de los términos que se transigen entre las partes, respecto de la pretensión

punitiva; entonces, como se analizó ampliamente, una es la tesis que reafirma esa libre disposición de la acción penal por parte del ente acusador, y otra, la atinente a supeditar la legalidad de los preacuerdos, a esa prueba que respalde los mismos.

Sin embargo, en perspectiva de razonabilidad podría matizarse la exigencia fáctica, probatoria, en la configuración del preacuerdo, toda vez que medie la rigurosa evaluación del funcionario jurisdiccional y en compendio de las diferentes categorías que podrían desprenderse de este marco conceptual; ello, evidentemente se corresponde con un criterio moderado de intervención, acorde fue objeto de análisis el precedente jurisprudencial alusivo a esta tesis.

3.3.2.3.2.1.2. PREMISAS DE RAZONABILIDAD.

De manera que, el control judicial ha de examinar las particulares circunstancias de la comisión del delito. Evidentemente, la concreción del preacuerdo deberá estar precedida del análisis de las condiciones en que se incurrió en la respectiva ilicitud; el examen de los pormenores inherentes a la comisión delictiva constituye un presupuesto que habrá de determinar la procedencia del convenio en sí, a partir de la dimensión de la pretensión punitiva y la contraprestación inherente a la aceptación de la misma por parte del acusado. Sólo en la medida en que los términos del preacuerdo consulten rigurosamente las particularidades de la conducta punible, podrá arribarse a un marco de razonabilidad en la configuración de tal negociación.

Igualmente, el control de legalidad habrá de rastrear la razonabilidad del preacuerdo, a partir de la sanción que derive del mismo. Obviamente, la función jurisdiccional no se legitima en la medida en que sólo se consulte la imposición punitiva, a manera de concebir el proceso penal sin más que desde una óptica retributiva; sin embargo, la pena sí supone un componente fundamental del preacuerdo que, en últimas, refleja la legitimidad del órgano juzgador, si bien, en perspectiva de retribución, así mismo, constituye un fundamento de materialización de los fines de la justicia negociada, por vía de la terminación abreviada de la actuación procesal y a través de la imposición de una sanción que se corresponda, razonablemente, con el supuesto fáctico materia de judicialización; así, más allá de la obvia consonancia que deviene respecto del interés de punición que radica en el conglomerado social, aún de la víctima, no obstante, no puede dejar de percibirse la imposición de sanción penal, como parámetro de absoluta

trascendencia en la configuración del convenio, se insiste, en un ámbito de legitimidad.

Es así que, la pena se erige en componente basilar de la negociación, en sus aristas de prevención general y especial, retribución justa, reinserción social y protección del condenado –*art. 4 C. Penal*-, pero, además, desde la estructura misma del preacuerdo en el proceso penal, concebido entre otros fines, en pro de la humanización de la pena –*art. 348 C.P.P.*-; es decir, no se trata de atender al factor punición como un parámetro simplemente ejemplarizante y preventivo, sino, la pena supone un condicionante que enmarca el preacuerdo en un ámbito de razonabilidad; una pena que, aún de estimarse inferior a la establecida originariamente para el delito cometido, de ninguna manera devenga en arbitraria, irracional, o en desprestigio de la administración de justicia, de cara al caso en concreto objeto de juzgamiento; e, incluso, tal como se analizó de manera precedente, puede tratarse de la determinación de pena, como modulación de una principal contraprestación que defina el preacuerdo; esto es, la ponderación del beneficio a través de una pena mayor a la resultante tras la modificación de la pretensión punitiva.

Ahora, hay un decurso normativo que logra afianzar en mejor medida, un parámetro de razonabilidad y en orden a la dialéctica inherente al proceso penal, cual se trata de los estadios correspondientes a la concesión de rebajas de pena, en el marco de aceptación unilateral de cargos y según la aportación que supone ese allanamiento a la pretensión punitiva, acorde al recorrido que haya trasegado la actuación procesal. Es así que, acorde se demarcó en acápite anteriores, la mayor disminución de sanción penal está dada por una aceptación de cargos en el primer momento procesal de la formulación de imputación y equivalente a la mitad (1/2) de la pena a imponer –*art. 351 ib.-*; luego, el interregno entre la presentación del escrito acusatorio y el inicio del juicio oral, determina una rebaja de una tercera (1/3) parte –*art. 352 ib.-*; en tanto que, como último estadio, se concibe la declaratoria de culpabilidad en la sede del juicio y que concibe una rebaja de una sexta (1/6) parte –*art. 367 ib.-*.

Empero, se presenta una distorsión de esa dinámica de justicia abreviada, so pretexto de la errónea matización del aporte a través de la aceptación de cargos, en aquellos eventos en que se está a la configuración de supuestos de flagrancia –*art. 301 ib., mod. par. art. 57, L. 1453/11*- y como regulación con impacto en el sistema de preacuerdos y negociaciones, tal cual fuera objeto de anterior análisis; efectivamente, resulta un extravío concebir la captura en flagrancia, como un parámetro de menor aportación mediante la aceptación de cargos, cuando en realidad, tal allanamiento a la pretensión punitiva supone un estadio procesal, totalmente ajeno al ámbito de la

comisión delictiva; es decir, tanto le asiste el debido proceso y la preservación de la presunción de inocencia, a quien es capturado en condición de flagrancia como a quien no, por ende, asimilable el desgaste jurisdiccional inherente a unos y otros eventos, y que, en últimas, se ven igualmente incididos en aquellos casos en que se registra la aceptación de cargos o *contrario sensu*, cuando la actuación se ve expuesta al desarrollo de un enjuiciamiento ordinario.

Así, pese al extravío que atraviesa la dinámica procedimental, cuando los supuestos de flagrancia determinan una absoluta depreciación del encausamiento abreviado de la actuación procesal, por vía de aceptación unilateral de cargos, al menguarse ostensiblemente la merma punitiva correspondiente, aún en tales condiciones, logra reivindicarse el sistema de rebajas, como un presupuesto dialéctico del esquema de justicia abreviada.

Por ende, bien puede establecerse un fundamento de razonabilidad, a partir de la concepción de determinadas condiciones de negociación que, a la postre, encuentren como baremo de ponderación, en punto de la respectiva contraprestación a que haya lugar, la rebaja de pena a la que correspondería el momento procesal que transcurre; eso sí, tal como se demarcó de manera precedente y en particular, de cara a supuestos de flagrancia, las modalidades de degradación de responsabilidad penal, readecuación típica o determinación misma de la pena, constituyen contraprestaciones abiertamente escindibles a la de rebaja de pena.

Sobre el particular, se retomará este planteamiento, en cuanto a las incidencias del preacuerdo en perspectiva de razonabilidad y en orden a la rebaja de pena como modalidad de contraprestación.

3.3.2.3.2.1.3. CARENTE RESPALDO FÁCTICO DEL PREACUERDO.

En perspectiva legal, tal como se anunciaba en precedencia, el preacuerdo sólo ha de soportarse en un mínimo de tipicidad y autoría o participación, en punto de la pretensión punitiva –*art. 327, inc. 3 C.P.P.*–; igualmente, cobra relevancia, el precedente constitucional materia de análisis, a propósito de la imposibilidad para la Fiscalía de crear tipos penales –*exceder el principio de legalidad o tipicidad escrita*– o inobservar la realidad fáctica en la configuración del convenio; sin embargo, se considera que la alternativa de concebir como parámetro de la negociación, una contraprestación que exceda el ámbito fáctico materia de la inicial pretensión punitiva, debería constituirse en una premisa válida de elaboración, particularmente, como se

verá, en aquellas modalidades inherentes a la deducción de cargos por vía de atemperantes punitivas.

Y es que, no resulta razonable, primero, que se exija a las partes un sustrato fáctico respecto de una causal de disminución punitiva, cual hubiera podido ser deducida en un juicio ordinario, sin que en esa medida tal proceder constituya una contraprestación legítima, pero, además, no es afortunado dimensionar ese ámbito de sustrato fáctico en ese tipo de circunstancias que atenúan la pena, cuando las mismas se erigen precisamente como fundamento de negociación, tendiente a lograr los propósitos que rigen el esquema de negociaciones.

Entonces, la deducción de atemperantes punitivas, aun cuando carezcan de sustrato fáctico, de ningún modo resulta ajena a la materialización de principios como la humanización de la actuación procesal y la pena, la obtención de una pronta y cumplida justicia, la participación del acusado en la definición de su caso, e incluso la reparación de los daños ocasionados con la comisión del injusto o la activación de la solución a los conflictos originados –*art. 348 ib.-*.

Es así que esta clase de contraprestaciones, están referidas de manera más concreta a la deducción de dispositivos amplificadores del tipo, como la tentativa –*art. 27 C. Penal-*, la complicidad –*art. 30 ib.-*, o degradación de responsabilidad penal, por vía de aquellas circunstancias benéficas previstas por el Legislador, tales como la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema –*art. 56 ib.-*, ira o intenso dolor –*art. 57 ib.-*, o causales atenuantes de responsabilidad como el error, exceso en la legítima defensa o estado de necesidad –*art. 32 ib.-*. Se trata pues, de causales específicas de disminución punitiva, que bien pueden ser atendidas como modalidad de negociación y frente a las que puede no resultar muy razonable, en perspectiva de los principios que iluminan dicha dinámica, la exigencia de respaldo fáctico con miras a la configuración del convenio.

Como se decía, el punto que realmente se adscribe a razonabilidad y prestigio de la administración de justicia, en orden a esta clase de atemperantes punitivas, deducidas aún sin respaldo fáctico, se circunscribe a la cantidad de pena que pueda arrojar la responsabilidad concebida en esas condiciones; máxime, cuando la norma sustancial establece la imposición mínima de una sexta (1/6) parte de pena, para fenómenos como la marginalidad y la ira, y de la mitad (1/2) de la pena, para los eventos más drásticos de tentativa y complicidad, es decir, suponen escenarios de ostensible flexibilidad punitiva en los extremos mínimos que bien podrían

desdecir de la razonabilidad de un preacuerdo, más aún si no se cuenta con respaldo fáctico.

Sin embargo, como se decía, siempre habrá de ponderarse dicha imposición penal para que, en efecto, la ausencia de sustrato fáctico no impida, en términos de razonabilidad, la adopción de un convenio en el que se opte por una atemperante punitiva que, de cara al caso concreto, amerite determinada sanción penal, que no necesariamente arribe a los mínimos de pena, pero que pueda consultar el prestigio de la administración judicial, a partir de un monto concebido en el ámbito punitivo que propone la respectiva causal de atenuación, es decir, al fluctuar la pena entre los topes inherentes a la respectiva figura objeto de deducción de responsabilidad penal, pues podrá estimarse un monto de pena que se ofrezca razonable en relación con el asunto en concreto, claro está, en absoluta consonancia con los topes punitivos previstos, esto es, no podrá concebirse una pena inferior al mínimo, ni superior al máximo previstos para la atemperante punitiva en trato.

Así, en la medida en que la pena pre-acordada, más allá del carente sustrato fáctico, consulte un parámetro de razonabilidad, pues la negociación en sí misma se ofrece legítima, no sólo de cara a las antedichas premisas que configuran el sistema de preacuerdos y negociaciones, sino, asimismo, dicha legitimidad se concibe en perspectiva del mensaje que se proyecta a la comunidad, ante la resolución del asunto en concreto, es decir, la ponderación de sanción penal en el respectivo evento, conlleva una legitimación en sí misma, frente a la sociedad y las víctimas.

Además, el mensaje a la sociedad puede resultar incidido positiva o negativamente por la clase de negociación, no es lo mismo atemperar un delito contra la vida o contra la integridad sexual, por ira o intenso dolor, que por tentativa, o un delito contra el patrimonio económico o contra la administración pública, frente a algún acusado con cierta connotación social, por marginalidad que por complicidad, aun cuando en unos y otros eventos se pudiera arribar en determinación de pena a un similar tratamiento punitivo.

Igualmente, una pena establecida en un caso específico podría ofrecerse razonable, que no una de las aludidas contraprestaciones; a la par que, éstas podrían constituirse legítimas y lograr un mejor respaldo con la pena que se determine.

Por ende, será en orden a la deducción de cada atemperante punitiva y según la cantidad de pena establecida vía preacuerdo, que se logre legitimar en términos de razonabilidad la respectiva negociación, se itera, según el caso concreto.

Más aún, podría hacerse extensivo el análisis, no sólo a la atemperante punitiva y a la cantidad de penalidad deducidas, sino, igualmente, a la modalidad ejecutiva de la condena, esto es, si se opta por la ejecución intramural, tal como se propuso en iniciales acápites, o si la misma cantidad de pena es constitutiva o no de algún sustituto penal, que en esa medida se corresponda en razonabilidad con otra contraprestación acordada. Se trata en últimas, de todo un compendio de variables que contrasten satisfactoriamente con la razonabilidad y el prestigio de la administración de justicia en el respectivo convenio.

3.3.2.3.2.2. MODALIDADES DE CONTRAPRESTACIÓN.

Así entonces, sería a partir de concebir las distintas modalidades de contraprestación, que podría dilucidarse en mejor medida, la razonabilidad o no de la negociación.

Por manera que, acorde se dibujó en acápites precedentes y según el rastreo de la norma procedimental, los preacuerdos pueden concebirse a partir de las siguientes modalidades⁹¹:

3.3.2.3.2.2.1. REBAJA DE PENA.

Constituye un parangón de la aceptación unilateral de cargos y está referida a la asunción de responsabilidad, vía preacuerdo, respecto de los cargos acusados o imputados, bajo contraprestación de obtener la rebaja de pena inherente al respectivo momento procesal. La mitad (1/2) de la pena tras la formulación de imputación, la tercera (1/3) parte, entre la presentación del escrito acusatorio y antes del juicio oral, y una sexta (1/6), al inicio de ese último episodio procesal, es decir, el preacuerdo estará concebido por la aceptación de cargos y la correlativa rebaja de pena en orden a esos momentos procesales. Tales montos de rebaja, ya se dijo, incididos por la limitación en los casos de captura en flagrancia.

⁹¹ Al respecto, discurre ilustrativamente en torno de las modalidades de justicia pre-acordada, la ya aludida línea de pronunciamiento que vía salvamentos de voto, ha estructurado el Magistrado Eugenio Fernández Carlier, entre otras, respecto de la decisión 46684 de 2016.

3.3.2.3.2.2.2. CONDICIÓN MÁS BENÉFICA.

Esta modalidad conlleva a su vez cuatro variables de contraprestación: *i)* eliminación de una o varias causales de agravación; *ii)* eliminación de algún cargo específico; *iii)* deducción de una atemperante punitiva; *iv)* readecuación típica de la conducta; se trata pues, de la variación de cargos, de cara a opciones más benéficas en las condiciones anotadas. Más adelante, se dimensionará la relevancia de adscribir en términos de razonabilidad esta clase de contraprestación.

3.3.2.3.2.2.3. DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Como ya se adelantó, esta modalidad bien puede erigirse en una condición de carácter supletorio que adscriba el convenio a razonabilidad, es decir, que concebida otra contraprestación, además, se pacte una pena que haga razonable el preacuerdo, sin embargo, la determinación de la sanción penal también puede constituirse en la única contraprestación definida que, en esa medida, haga viable la negociación; esto es, aceptar cargos y pactar la pena mínima. Para el caso, valga reiterar, dicha modalidad en efecto supone una variación favorable en los términos de punición que obviamente constituye un preacuerdo. Cosa diferente es que, eventualmente, el juez en un ejercicio antelado de ponderación de pena, no advierta fundamentos legítimos que permitan incidir en el proceso de dosificación penal –*art. 61 C. Penal*-; de allí que, sólo en esos eventos y por única afirmación del juez de conocimiento, podría estimarse que esta modalidad no constituya un beneficio en sí, y por ende, no podría tratarse como tal de un preacuerdo.

El punto cobra relevancia, respecto de aquellas prohibiciones de ley que impiden obtener beneficios fruto de preacuerdos frente a determinadas conductas; v. gr., en ilicitudes de carácter doloso contra la vida o integridad personal, o ilicitudes contra la libertad, integridad y formación sexuales, o la libertad individual, respecto de víctimas menores de edad, niños o adolescentes -*L. 1098/06, art. 199, num. 7-*, casos en los que, eventualmente, la determinación de la pena mínima, vía preacuerdo, sí podría implicar un beneficio; es decir, el sofisma radica en que la pena mínima por sí misma se aviene a legalidad, sin embargo, es claro que ante una ponderación de pena mayor, acorde a los presupuestos del artículo 61 del Código Penal –*mayor o menor gravedad de la conducta, daño real o potencial creado, naturaleza de las causales que agraven o atenúen la*

punibilidad, intensidad del dolo, necesidad de la pena y función que ésta ha de cumplir en el caso concreto-, el juez anteladamente podría concluir que la pena mínima en esas circunstancias, supondría claramente un beneficio proscrito.

Se estima entonces que, si el juez de conocimiento considera que no partiría del mínimo de pena en la dosificación respectiva, pues, claramente, dicha contraprestación constituiría un beneficio; e, incluso, en eventos ajenos a la prohibición de rebajas, de estimarse un beneficio punitivo adicional, la imposición del mínimo de pena, en ese orden, asaltaría la prohibición establecida en el canon 351 adjetivo, en punto a la deducción de un solo cambio favorable en relación con la pena por imponer, a manera de ejemplo, deducir un cargo más favorable vía eliminación de una agravante o deducción de una atemperante punitiva, a la par con la imposición de la pena mínima, supondría un dual beneficio en la tasación penal, asimismo proscrito.

De manera obvia, la determinación de la pena mínima como contraprestación principal, siempre cederá ante las demás opciones, en circunscripción de un ámbito de tasación más favorable; de ahí que la discusión se salde en dimensión de la modalidad de imposición punitiva, bien, como mínimo de pena que, en sentir del autor, sólo es aplicable ilegítimamente en aquellos eventos de prohibición legal de rebajas *–excepto que el juez no advierta fundamentos asimismo legítimos para ponderar en mayor medida la imposición penal-*; ora, como factor de ponderación de una principal contraprestación.

3.3.2.3.2.2.4. DETERMINACIÓN DE SUSTITUTOS PENALES.

Bien puede optarse por una aceptación de cargos, a cambio de la concesión de determinado sustituto penal. Desde luego, la viabilidad del sustituto está determinada por la legalidad del mismo, no podrá pactarse una pena domiciliaria, frente a un delito cuyo mínimo de pena exceda el parámetro objetivo para la concesión sustitutiva o ésta no puede tener lugar en delitos de taxativa restricción legal *–art. 68A C. Penal-*. Igualmente, de cara a la preceptiva jurisprudencial materia de anterior análisis *–Decisión 41570 de 2013-* y acorde a la antedicha prohibitiva establecida en el artículo 351 procedimental, a propósito de la estimación de un solo cambio favorable en el preacuerdo, en relación con la pena por imponer, se tiene entonces que la concesión de sustitutos penales sí puede sumarse a otra contraprestación que implique una modificación punitiva, dado que, en efecto, un sustituto

penal no determina un cambio favorable con incidencia en la tasación penal.

Además, como ya se discutió a este respecto, también resulta viable pactar la ejecución intramural de la pena, esto es, la denegación de sustitutos penales, pues, como se dijo, al margen de tratarse de concesiones objetivas, bien pueden las partes optar por ese tipo de modulación en el respectivo preacuerdo, acorde a la contraprestación que derive del mismo, por demás, como elemental pauta de la determinación que al efecto consagra la norma en torno de esta modalidad de preacuerdo, atinente a las consecuencias del injusto –*art. 351, inc. 2-*.

3.3.2.3.2.2.5. RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD.

Perfectamente podría suceder en determinada actuación procesal, bien fuera por lo dilatada que la misma se ofreciera o la exigua cantidad de pena en trato, que al momento de la negociación, se haya configurado una causal de libertad provisional –*v. gr. que el tiempo en detención preventiva se corresponda con el parámetro objetivo de la libertad condicional o incluso con un supuesto de pena cumplida-* y en esa medida, el preacuerdo esté dado por la aceptación de cargos, determinada contraprestación con incidencia en la pena y el consecuente reconocimiento de la libertad, en términos de la preceptiva establecida en el artículo 317, numeral 3 de la norma procedimental; también, en aquellos eventos en que se pacte el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ello determinaría en favor del imputado o acusado, la libertad de carácter provisional, hasta tanto se provea definitivamente en torno de la ejecución de la pena en la correspondiente sentencia de mérito.

3.3.2.3.2.2.6. MECANISMOS POST-DELICTIVOS.

Tal como se desarrolló *in extenso* de manera precedente, esta clase de mecanismos inherentes a la reparación a la víctima en cualquier entidad delictiva que así lo amerite o en aquellos eventos en concreto, correspondientes a la reparación en delitos de índole patrimonial, reintegro en el peculado o retractación en el falso testimonio, pueden incidir en los beneficios punitivos derivados de otra contraprestación principal.

3.3.2.3.2.7. MANIFESTACIONES PRE-ACORDADAS.

Claramente constituyen una modalidad inherente a la sede del juicio oral, en la cual, la partes podrán transigir en la pretensión punitiva que estableció la fiscalía, vía formulación de acusación, y dimensionar una aceptación de cargos, correlativa a cualquiera de las antedichas modalidades; básicamente, no se trata de una variable en sí misma, más que la configuración de cualquiera de las anteriores, en la sede del juicio oral.

3.3.2.3.2.3. INCIDENCIAS EN PERSPECTIVA DE RAZONABILIDAD.

Tal como se anunciaba, el análisis de legalidad, en clave de razonabilidad, ha de circunscribirse a tres modalidades de contraprestación; *i)*, rebaja de pena acorde al respectivo ámbito procesal; *ii)*, deducción más favorable de cargos, bien sea, prescindiendo de un cargo específico, de una o varias agravantes, o mediante el reconocimiento de una atemperante punitiva; y *iii)*, readecuación típica, a través de la deducción de un cargo diferente al inicialmente contemplado.

i) Rebaja de pena.

Ninguna discusión arroja la contraprestación inherente a la rebaja de pena, acorde al respectivo momento procesal, rebajas debidamente establecidas en el Código de Procedimiento Penal, artículos 351, 352 y 367, y que no suponen disquisición alguna de cara a la base fáctica objeto de imputación o acusación, la cual, de manera obvia, permanece inmutable; evidentemente, se corresponde con la aceptación unilateral de los cargos formulados y como tal, simplemente atiende a una rebaja de pena en relación con el correspondiente momento procesal, ya se decía, la mitad (1/2) en el primer estadio de la formulación de imputación, una tercera (1/3) parte entre la presentación del escrito acusatorio y la audiencia preparatoria, y una sexta (1/6) parte al inicio del juicio oral; ello, se insiste, al margen del controversial impacto que en este esquema de rebajas conlleva la modificación que del artículo 301 procedimental estableció el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, a propósito de supuestos de flagrancia y cual se circunscriben, a la merma tan sólo de una cuarta (1/4) parte, de la respectiva rebaja antedicha.

Así pues, valga reiterar, se constituye éste, el ámbito de contraprestación inherente a la rebaja de pena y en atención al respectivo momento procesal, en el originario presupuesto de razonabilidad que habría de atender cualquier otra modalidad de negociación, es decir, el análisis de razonabilidad y prestigio a la administración de justicia, habría de guardar un margen de correlación, con aquel primigenio ámbito de contraprestación, referente a la rebaja de pena según el momento procesal correspondiente.

Sin embargo, resulta necesario reafirmar que, una es la tesis que se expone sobre la modalidad de contraprestación de rebaja de pena, como parámetro de ponderación en las restantes clases de preacuerdos que impliquen merma punitiva a raíz de otro tipo de concesiones, en tanto que, la misma rebaja y particularmente, en supuestos de captura en flagrancia, no puede suponer un criterio válido para verificar la legalidad del preacuerdo referido a esas diferentes contraprestaciones.

En efecto, se considera que cualquiera sea la contraprestación que implique merma punitiva, esto es, deducción favorable de cargos en cualquiera de sus variables o readecuación típica, como pasarán a exponerse en perspectiva de razonabilidad, encuentran un parámetro válido de ponderación en la correspondiente rebaja prevista originariamente por el Legislador para la aceptación de cargos en el respectivo momento procesal, pero, en lo que refiere a la limitante prevista para supuestos de flagrancia –*art. 301 C.P.P., mod. Ley 1453/11, art. 57, par.-*, por una parte, ya se hicieron sendas anotaciones en cuanto a la discrepancia que se sostiene respecto de este tipo de distinción para desfavorecer la aceptación de cargos; y, de otro lado, tampoco se suscribe la tesis según la cual, los ámbitos de rebaja de pena puedan incidir en el análisis de legalidad de un preacuerdo referente a diferentes modalidades de contraprestación, tal como se aludió en el respectivo acápite en torno de esa línea de pronunciamiento de la Corte, se adscribe la posición plasmada en las decisiones 43356, 45736, 45181, 46101 y 46684 de 2016, y 48293 de 2017, donde se reconsidera el criterio cimentado en sendas decisiones de tutela, 76549 de 2014, 78742 y 80476 de 2015, atinente a que la respectiva contraprestación diferente a rebaja de pena, no habría de superar los límites de merma punitiva establecidos en la referida norma para casos de captura en flagrancia.

Se estima pues que, el análisis en sede de razonabilidad obedece a diferentes parámetros en aquellos supuestos de deducción favorable de cargos o readecuación típica, tal como pasan a desarrollarse.

De igual forma, el aludido precedente, particularmente, las decisiones 45736 y 47588 de 2016, con asidero además en decisiones 41570 de 2013 y 42184

de 2014, da cuenta de las aludidas modalidades de contraprestación, en orden a la aplicación de la rebaja de pena sobre la pena individualizada, o según, si se trata de la afectación de los topes previstos para el respectivo delito; así, en atención nuevamente a la modalidad en trato, es claro que la rebaja de pena aplica rigurosamente, sobre la pena debidamente individualizada, esto es, en aplicación del sistema de cuartos, no se trata de pena convenida o de degradación de responsabilidad, en tanto que, ésta última, por vía de una deducción favorable de cargos, particularmente, a través de una atemperante punitiva, tal como fueron objeto de anterior análisis, vale reiterar, v. gr., tentativa, complicidad, marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, ira o intenso dolor, error, exceso en la legítima defensa o estado de necesidad, aplican en proceso de dosificación sobre los topes de punición previstos por el Legislador, asimismo, en observancia de los criterios establecidos al efecto en el artículo 60 del Código Penal⁹².

ii) Deducción favorable de cargos.

Esta modalidad presenta dos variables; la primera, escindida a su vez en dos eventos, *a*) prescindir de un cargo específico o *b*) prescindir de una o varias agravantes; la segunda, referente a la deducción de una atemperante punitiva que no fuera incluida en la imputación o acusación.

Igual distinción de inmutabilidad fáctica ha de tener lugar en perspectiva de este segundo frente de contraprestaciones referido, esto es, la deducción de cargos más favorables, pero sólo en relación con la primera variable aludida, atinente a que *a*) se prescinda de un cargo de la acusación o *b*) de una o varias agravantes determinadas. En estos casos, evidentemente, tampoco tiene lugar una mutación fáctica. No así, respecto de la deducción de una

⁹² **Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables.** Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

atenuación punitiva que no había sido deducida –*segunda variable*-, pues ello sí podría constituir una alteración del núcleo fáctico, a menos que logre respaldarse fácticamente, según se verá.

- **Prescindir de un cargo específico, de una o varias agravantes deducidas.**

De proponerse un preacuerdo en el cual se prescinde de uno de los cargos endilgados o se elimina una o varias agravantes genéricas o específicas inicialmente deducidas –*primer variable*-, pues no habría de especularse en mayor medida respecto de la construcción fáctica del convenio, ya se dijo, es claro que se mantiene inmutable el núcleo fáctico; v. gr., ante un concurso de homicidio y porte de armas, se prescinde del cargo contra la seguridad pública, o frente a una hipótesis de homicidio agravado, se elimina la respectiva agravante o agravantes.

Valga enfatizar, de tratarse de varias circunstancias de agravación, genéricas o específicas, respecto de un mismo cargo, vano discurrir en torno de la eliminación de sólo algunas de las agravantes, pues, deviene evidente, ningún beneficio punitivo acarrearía aquella supresión, al mantenerse la pena agravada por alguna otra causal deducida; excepto que se trate de montos diferenciales de intensidad punitiva como en el caso de las circunstancias de calificación del delito de hurto –*art. 240 C. Penal*-.

Sin embargo, esa clase de contraprestación, inherente a la primera variable de deducción favorable de cargos, sí debería resistir un juicio de legitimidad, en aquellos eventos de eliminación de un cargo y en perspectiva de lo razonable que se advierta tal negociación o que la misma aprestigie la administración de justicia. A todas luces, este análisis arrojaría un pronóstico eminentemente negativo, si se tratara de prescindir de un cargo contra la vida, en concurso con un hurto o si se prescindiera de un delito de secuestro extorsivo y se mantuviera un cargo de porte de armas –*a menos que se trate de un porte agravado que duplica la punición*-; se trata de supuestos absolutamente irrazonables que por ende, no resisten ese juicio de razonabilidad.

Es así que, dicha razonabilidad estará dada por la gravedad de la conducta, no sólo en perspectiva de punición, sino, en orden a la entidad de los bienes jurídicos en trato, es decir, no podrá prescindirse de un cargo que suponga la afectación de un bien jurídico de mayor envergadura, a menos, como se

decía, que el delito que vulnera un bien menor, consagre una pena superior a la de aquel que supone una afectación mayor, lo que, de manera obvia, habrá de argumentarse.

El anterior análisis, no aplicaría respecto de los eventos atinentes a la supresión de agravantes, dentro de esta misma modalidad de deducción favorable de cargos, pues aquéllos devienen legítimos, de manera obvia, no se estaría a la alteración del núcleo fáctico en cuanto a un tipo básico que se sostiene; v. gr., tal como se aludió anteriormente, eliminar la agravación y sostener el cargo de homicidio simple.

- **Deducción de una atemperante punitiva que no fuera incluida en la imputación o acusación.**

Ahora, en esta clase de contraprestación en trato *–deducción favorable de cargos–*, la segunda modalidad, referente a la deducción de una atemperante punitiva ajena a la inicial imputación o acusación, claramente constituye una mutación fáctica, por lo que, inexorablemente, habrá de establecerse la razonabilidad de esa clase de negociación, a menos que logre sustentarse debidamente la respectiva causal de atenuación; esto es, que exista un respaldo fáctico, aún ajeno a la pretensión punitiva inicial.

Entonces, si a manera de ejemplo, se edifican cargos por cualquiera entidad delictiva, vía imputación o acusación, en la modalidad de autoría, dado el caso que se negocie la deducción de cargos, bajo la degradación punitiva en perspectiva de complicidad, habrá que indagar, por una parte, si existe base fáctica para ello, de ser así, ningún análisis de razonabilidad amerita el asunto. Por demás, absolutamente legítimo resulta que las partes lleguen a un consenso en torno de la definición del litigio, aún de estimarse un meridiano respaldo probatorio para lo que es materia de contraprestación, es decir, ello claramente pudo determinar otro tipo de preacuerdo, enmarcado en una pretensión punitiva que incluyera la atemperante y provocar un beneficio diferente por aceptación de cargos como rebaja de pena; el punto es que, se predica, tal atenuante obviamente no fue deducida en la pretensión punitiva inicial y de ahí que resulte legítimo que, más allá de poderse probar en un eventual juicio, pues se defina el asunto mediante la aceptación de cargos con ese aditamento.

Cosa diferente es, si no existe sustrato fáctico para deducir esa atenuación punitiva, en ese evento, es claro que habrá de estarse a un análisis de

razonabilidad, pues, aun cuando se estima absolutamente viable que las partes opten por transigir en esta clase de contraprestación sin respaldo fáctico, no obstante, es claro que la ostensible merma punitiva que puede devenir de un convenio en estas condiciones, ha de corresponderse con el ámbito de legitimidad y razonabilidad de la justicia negociada.

Es así como, la misma entidad delictiva imputada o acusada, bajo la modalidad de autoría, se degrada a complicidad, cuando es claro que no intervino ningún otro agente en el supuesto criminal, o la estructuración simple de la hipótesis delictiva, se suma a atemperantes punitivas como la marginalidad, ira o intenso dolor, error o tentativa, se insiste, sin que se cuente al efecto con sustento fáctico. En estos eventos es claro que, al no apuntalarse la atenuación de pena por esa vía, en ningún fundamento o respaldo fáctico, pues, simplemente, en términos de imposición de sanción penal y de cara a las particulares condiciones de comisión del injusto, habrá de establecerse un análisis en torno de la razonabilidad del convenio así concebido.

Así, de cara a la atenuante punitiva, bien puede construirse un argumento de razonabilidad, a partir de la disminución de pena en que deriva el convenio y en contraste con la mayor o menor gravedad que reporta la comisión del delito, las particulares condiciones del actuar delictivo que, riñan o no con la determinada causal de atenuación, la prosperidad que de su pretensión punitiva, proyecta la fiscalía en caso de arribar a juicio y el pronóstico de pena que avizora, así como su expectativa de sanción a través del preacuerdo y las consecuencias adicionales a la deducción de responsabilidad penal y pena corporal a imponer, como pena principal de multa, pena accesoria de prohibición en el ejercicio de derechos y funciones públicas, o determinación de concesiones sustitutivas; todo ello, determinará un parlamento de viabilidad o no, respecto de una contraprestación concebida en esas condiciones.

iii) Readecuación típica, a través de la deducción de un cargo diferente al inicialmente contemplado.

Como tercer frente de contraprestación, aquel referente a la readecuación típica de la conducta endilgada, obviamente, de manera benéfica a los intereses del acusado, ha de resistir el mismo análisis de razonabilidad, pues, de un lado, dicha mutación jurídica, ha de conservar un parámetro de congruencia respecto de la inicial imputación o acusación fáctica, es decir, no puede concebirse una pretensión punitiva contra la vida y degradarla a un

delito contra el patrimonio económico, pero, aún de constatarse esa congruencia fáctica, igualmente ha de estimarse razonable la negociación, pues, tampoco puede simplemente mutarse una hipótesis de homicidio en grado de tentativa, a una de lesiones personales, por más que se constate una afectación de la integridad personal de un individuo; claramente, esta clase de contraprestación, habrá de circunscribirse a un ámbito de razonabilidad que permita optar por esa readecuación típica en perspectiva de la correspondiente construcción fáctica; así, bien puede mutarse una pretensión atinente a hurto, por un abuso de confianza, una receptación por un delito de favorecimiento, o unos actos sexuales, por injuria por vías de hecho; etc.

3.3.2.3.2.4. COMPENDIO DE INCIDENCIAS EN SEDE DE RAZONABILIDAD.

Así pues, se retoma el análisis, en punto de las modalidades de contraprestación en trato, en el sentido que, una contraprestación inherente a la rebaja de pena que amerite el respectivo momento procesal o aquella relativa a que se prescinda de un cargo o una agravante determinada, no suponen una mutación fáctica de la acusación y por ende, el análisis sólo estará supeditado, en el segundo evento referido, a que se deduzcan cargos de una manera ponderada y razonable; no así, en las hipótesis de deducción de causales de atenuación no endilgadas inicialmente, las cuales, en caso de estimar una variación fáctica, pues, suponen una mayor rigurosidad en lo que al análisis de razonabilidad de esta clase de contraprestación se refiere, en tanto que, de existir un fundamento fáctico para sostener la atemperante punitiva, pues, vano entonces discurrir en torno de lo razonable del acuerdo. Además, en aquellos casos de readecuación típica, debe sostenerse no sólo un núcleo fáctico, sino, asimismo, el acuerdo ha de resistir un juicio de razonabilidad, entre lo que fue materia de imputación o acusación y la respectiva degradación de responsabilidad por vía de esa nueva tipicidad congruente.

3.3.2.3.3. CONSECUENCIAS DE LA APROBACIÓN O IMPROBACIÓN DEL PREACUERDO.

3.3.2.3.3.1. CONTRADICCIÓN DE LA DECISIÓN.

Se erige la controversia en torno de la aprobación o improbación del preacuerdo, como un presupuesto de basilar trascendencia en perspectiva del principio del debido proceso, en sus aristas de contradicción y doble instancia.

Según el artículo 176 del Código de Procedimiento Penal: *“Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones (...) La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, (...)”*; de ahí que, claramente, frente a la decisión de aprobación o improbación del preacuerdo, proceden los recursos de reposición y apelación⁹³.

Ahora, podría edificarse un argumento según el cual, el disenso en torno de cualquier aspecto materia de improbación, habría de estar incidido por la legitimidad del recurrente, en punto a que el recurso asimismo sea propuesto por la contraparte, es decir, que ambas partes recurran lo que fue materia de rechazo del preacuerdo⁹⁴, no obstante, se suscribe un criterio según el cual, a propósito de la garantía de contradicción, bien pueden una o ambas partes recurrir los términos de improbación del convenio; a manera de ejemplo, puede plantearse la decisión sobre un preacuerdo donde el polo pasivo de la litis esté conformado por plural número de defensores, que representen a más de un acusado, en tal caso, deviene irrazonable consultar la legitimidad del recurrente de cara a la suscripción o no del recurso por la totalidad de defensores o de la contraparte fiscalía.

Empero, en la misma medida, cabe consultar la legitimidad del recurso, en clave de la aprobación del preacuerdo, pues, en tales condiciones, este tipo

⁹³ Al respecto, se pronunció la Corte en las ya aludidas decisiones 43356 de 2016 y 29979 de 2008, esta última, en referencia a la 27759 de 2007.

⁹⁴ Tal postura, podría rastrearse en el precedente de la Corte, aunque desde la legitimidad para recurrir, entendida como postulación sobre aquello que fue pretendido; así se extrae de la decisión 41534 del 30 de abril de 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho: *“(...) en esencia, los recursos son instrumentos previstos por el legislador para que las partes reclamen la corrección de los errores cometidos por los jueces al resolver las peticiones de estas o adoptar determinaciones oficiosas, contexto dentro del cual no puede señalarse como equivocada la ausencia de pronunciamiento sobre lo que no se reclamó.”*

de disenso no le estaría dado a las partes, sobre quienes recayeron los mismos términos de la negociación aprobada. En el mismo sentido, expone la jurisprudencia que se viene de referir -41534 de 2014-: *“Si la determinación judicial censurada favorece las pretensiones de la parte o se pronuncia en los términos postulados por esta, surge evidente que, por no existir un agravio, la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió según sus expectativas.”*

Otra cosa, es que se esté a una aprobación parcial, frente a ello, valga reafirmar un criterio en contrario, tal como se dejara sentado en precedencia, a partir, precisamente, de esta clase de planteamiento, para advertir la inviabilidad de pronunciamientos parciales que, por demás, a todas luces devienen confusos en perspectiva de controversia e interés o legitimidad para recurrir.

El punto estaría entonces en determinar la viabilidad de ejercer controversias respecto de la decisión inherente al preacuerdo, en cabeza de los intervinientes procesales, ministerio público y víctima.

En lo que atañe a la controversia planteada por la víctima respecto del preacuerdo y particularmente, de cara a la aprobación del mismo, pues, ya se dijo, el interés de recurrir respecto de la improbación, recae como tal sobre las partes, conviene reiterar, a propósito de las potestades de la víctima como interviniente para ser escuchado en su postura respecto del preacuerdo, sin que la misma sea oponible a la fiscalía, que dicha intervención acorde lo denota la Corte, no habría de estar referida a pretender una mayor imposición de pena o a la denegación de sustitutos penales, como aspectos que no reflejan los valores de verdad y justicia⁹⁵; sin embargo, se considera, es claro que sí le está dado a la víctima impugnar la aprobación del convenio, de cara a la legalidad del mismo, ante la flagrante afectación de garantías fundamentales o al advertirse que se está a un distanciamiento entre la propuesta fáctica y la calificación jurídica que, en términos de la línea jurisprudencial que aquí fue objeto de análisis en cuanto a un control judicial moderado, se ofrece grosero, arbitrario o raya con la ilicitud.

Se trata pues, de los mismos parámetros desde los cuales, el anunciado precedente estima esa excepcional intromisión del juez de conocimiento, vía control de legalidad, en asunción del criterio moderado que se acoge en la presente elaboración.

⁹⁵ Cfr. Decisión 40871 de 2014, en referencia a la providencia 36901 de 2011.

Se estima entonces, absolutamente viable la controversia planteada por la víctima, sobre dichos presupuestos, lo cual, en determinadas circunstancias y en perspectiva de razonabilidad, en contravía de lo expuesto por la Corte, bien podría redundar en factores como el monto de la sanción penal o en la eventual concesión de sustitutos penales.

Ahora, en lo que concierne al ministerio público, hay que delimitar que su actuación está ya referida al interés que radica sobre este interviniente procesal y en orden a la representación de la sociedad toda.

En tales condiciones, la función del ministerio público encuentra un palmario óbice, de un lado, en no resquebrajar la dinámica adversarial del proceso penal, en punto a no usurpar o suplir los roles inherentes privativamente a los polos activo y pasivo de la litis, fiscalía y defensa⁹⁶, pero además, dicha intervención habrá de encausarse, precisamente, en ese legítimo interés que parte de la afectación de la sociedad⁹⁷.

Así pues, la función del ministerio público en los preacuerdos está delimitada por el quebrantamiento de garantías fundamentales, lo que, claramente, hace extensiva su actuación a la afectación del principio de legalidad⁹⁸; de

⁹⁶ Sobre el particular, se extrae de la decisión que se viene de referir, 41534 de 2014: *“De tal forma que la intervención de la Procuraduría debe ceñirse al respeto de esas reglas propias de un proceso como es debido, sin que, por tanto, en el ejercicio de sus funciones le esté permitido que supla las tareas que son exclusivas y excluyentes de las partes, pues, admitir tal supuesto, comportaría facultarla para desequilibrar la balanza en beneficio de una con el correlativo perjuicio de la otra.”*

⁹⁷ Según la misma sentencia: *“Sobre la intervención del Ministerio Público dentro del proceso penal, la Corte ha trazado unos lineamientos, conforme con los cuales, no obstante que el sistema procesal de la Ley 906 del 2004 establece un juicio que se adelanta entre adversarios (defensa y Fiscalía), dentro del cual se muestra extraña la participación de ese tercero, se habilita esa presencia en atención a intereses superiores, por cuanto por mandato constitucional, como representante de la sociedad, tiene a cargo la defensa del orden jurídico y las garantías fundamentales.”*

⁹⁸ Si bien, la Corte concibe en el pronunciamiento en cita y en alusión al precedente demarcado en decisión 30952 del 5 de octubre de 2013, la vedada intromisión del ministerio público a manera de oposición: *“En la misma decisión la Corte insistió en que en materia de preacuerdos no le es permitido al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí asistir a las audiencias respectivas y dejar constancia sobre su postura. Esto, por cuanto el ejercicio de la acción penal es exclusivo de la Fiscalía y el acusado tiene potestades para intervenir en aras de que el asunto se resuelva prontamente, para lo cual renuncia a diversas garantías a cambio de hacerse a algunos beneficios.”*, no obstante, asimismo explicita en aquella decisión: *“Excepcionalmente, el representante de la sociedad tiene potestad para oponerse a esas formas de justicia consensuada, cuando quiera que ellas desconozcan derechos fundamentales, como el principio de legalidad de las penas que protege el artículo 29 de la Constitución Política bajo la denominación genérica del debido proceso.”*

ahí que, a la postre, se estima que dicha intervención se corresponde idénticamente con esos parámetros de control judicial del preacuerdo, mas, se insiste, sin suplir los intereses de las partes en el marco de las actuaciones que les están dadas en la confección del respectivo preacuerdo, sino, en perspectiva de la representación de la sociedad.

De manera que se advierte procedente, según los parámetros expuestos, el ejercicio de la doble instancia en cabeza de las partes e intervinientes procesales, respecto de la decisión que se pronuncie en torno a la aprobación o improbación del preacuerdo.

Por lo demás, el pronunciamiento de segundo grado habrá de estar sujeto a las mismas reglas que estructuran el examen de legalidad del preacuerdo, como parte integral de la actuación que atañe al juez de conocimiento, pero, se itera, en perspectiva de esa dimensión material, aunque excepcional, moderada, de dicho control judicial. Y es que, como parámetro de elemental configuración, desde la garantía del debido proceso, en sus antedichas variables de contradicción y doble instancia, deviene palmario que el aludido control judicial de los preacuerdos, se hace extensivo a aquél que, en segundo grado ha de ejercer el *ad quem* al revisar los términos del mismo, en orden a su aprobación o rechazo, y de conformidad con la respectiva impugnación.

3.3.2.3.3.2. DECISIÓN DE MÉRITO.

Ejecutoriada entonces la decisión que aprueba el preacuerdo, lo que deviene, en términos de la preceptiva establecida en el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, es el encausamiento abreviado de las diligencias y de contera, un anuncio de sentido de sentencia de carácter condenatorio; así entonces, impera un pronunciamiento en torno de la libertad del acusado o su detención, de carácter provisional, esto es, que el acusado prosiga en libertad o se proceda con su detención provisional, según lo amerite el asunto –*art. 450 ib.-*, o disponer asimismo la libertad provisional o sustitución de la detención, en aquellos eventos en que el acusado se hallaba privado de la libertad a través de medida de aseguramiento, de cara a la viable concesión de un sustituto penal en la sentencia –*art. 451 ib.-*.

Luego, habrá entonces de procederse con la audiencia de individualización de pena, en punto a que las partes e intervinientes procesales, den cuenta en torno a la circunstancias de todo orden en la persona justiciable, de cara

al proceso de individualización de la condena y determinaciones sobre su ejecución –*art. 447 ib.-*; y, evacuado el objeto de dicha diligencia, proseguirá la respectiva decisión de mérito.

Como aspectos consustanciales al proferimiento de decisión de mérito, por vía abreviada, se establecen la declaratoria de responsabilidad penal, imposición de la condena –*penas principal y accesoria-*, concesión o no de sustitutos penales y demás temas que incidan en la definición del asunto; sin embargo, como se verá, la sentencia de mérito, aún vía preacuerdo o aceptación unilateral de cargos, eventualmente podría circunscribirse a un pronunciamiento anulatorio, o incluso, a una declaratoria de absolución penal, de conformidad con el criterio jurisprudencial sentado en la materia y según ciertas variables que pasan a exponerse.

3.3.2.3.3.2.1. DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD Y DETERMINACIÓN DE SUSTITUTOS PENALES.

A propósito de la emisión de sentencia condenatoria vía preacuerdos, subyace a esta terminación abreviada del proceso una discusión en cuanto a los términos de declaratoria de responsabilidad penal.

Según fuera objeto de anteriores análisis en la presente elaboración y en perspectiva de los intereses de las víctimas, resulta enfática la reiterada posición que por vía de salvamentos de voto, ha sido sentada por los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y Patricia Salazar Cuéllar, en contravía del criterio mayoritario de la Sala de Casación Penal, en punto de la declaratoria de responsabilidad penal, a partir de la entidad delictiva materia de preacuerdo, que no del delito fácticamente deducido.

Extensiva tal posición mayoritaria, a la deducción de mecanismos sustitutivos de la pena, cuyos parámetros de procedencia están determinados por los montos punitivos correspondientes a la entidad delictiva pre-acordada, al margen de la base fáctica.

Elocuente la posición disidente, de cara a reivindicar los derechos de las víctimas, como pauta de observancia en lo que a la estructuración de preacuerdos se refiere, a la hora de degradarse la responsabilidad endilgada en la respectiva sentencia de mérito, esto es, con las implicaciones que en reparación de perjuicios conlleva un proferimiento sin atender a la conducta realmente cometida.

Como se anunciara con antelación, en punto de la reparación como presupuesto de procedencia del preacuerdo, en aquellos eventos en que se obtenga incremento patrimonial fruto de la ilicitud –*art. 349 C.P.P.*–, se adscribe esta elaboración a esa mayoritaria línea de pronunciamiento de la Corte, cimentada a través de las decisiones 43356, 45736, 45181, 46101 y 46684 de 2016, y 48293 de 2017, y en el sentido que resulta obvio, de arribarse a una sentencia de mérito, vía preacuerdo, particularmente, en eventos que den lugar a ese ilícito incremento patrimonial, la negociación estuvo supeditada a esa reparación del perjuicio ocasionado y al aseguramiento del remanente; pero además, se estima que, de cara a las restantes variables en los parámetros de negociación, ha de ponderarse en mayor medida la máxima de seguridad jurídica, como reflejo, no sólo de las expectativas que deposita el acusado en la configuración del preacuerdo, sino también, en perspectiva de la legitimidad inherente a la función jurisdiccional, la cual ha de dar cuenta de la sanción penal derivada de la modalidad del preacuerdo y a su vez, de una condena que igualmente satisfaga los intereses del destinatario de esa pretensión punitiva, quien, al margen de los derechos de las víctimas, está claro, participó activamente en la definición de su caso y aceptó las consecuencias de su actuar, así acordadas, esto es, además de la imposición de pena, todos aquellos aspectos consustanciales a la sentencia de mérito que fueran objeto de negociación; por consiguiente, tanto la declaratoria de responsabilidad penal, como la determinación de un sustituto penal, habrá de estimarse según la entidad delictiva y cantidad de pena pre-acordadas.

3.3.2.3.3.2.2. CONTRADICCIÓN RESPECTO DE LA DECISIÓN DE MÉRITO.

En la misma medida, es susceptible del recurso de apelación la sentencia proferida, fruto de la terminación abreviada del proceso vía preacuerdo. Así lo establece, genéricamente, el artículo 176 del Código de Procedimiento Penal: *“La apelación procede, (...) contra la sentencia condenatoria o absolutoria”*⁹⁹.

⁹⁹ Dicha regulación, con sujeción a la declaratoria de inconstitucionalidad que emitió la Corte Constitucional, a través de Sentencia C-972 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y en el entendido que la previsión original omitía la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias y por lo que, previa exhortación al Congreso de la República en este sentido, dicha impugnación habría de proceder contra toda sentencia condenatoria y ante el superior de quien la haya impuesto.

Ahora, como extensión de la temática inherente a la irrevocabilidad de los términos del preacuerdo, tal como fuera abordada de manera precedente, se tiene que, de igual forma, los aspectos pasibles de impugnación en la sentencia de mérito, están circunscritos a específicos temas, como la dosificación de la pena o determinación de sustitutos penales, afectación del principio de congruencia entre lo convenido y los cargos objeto de condena; y, de manera obvia, la afectación de garantías fundamentales como parámetro de excepcional retractación.

Desde luego, la sede de segundo grado, no puede reabrir debates clausurados, vía aceptación de cargos, en torno de la adecuación típica o lesividad de la conducta, elementos inherentes al juicio de reproche o cualquier otro parámetro de configuración de la entidad delictiva materia de preacuerdo.¹⁰⁰

3.3.2.3.2.3. DECLARATORIA DE NULIDAD.

También puede derivarse del proveído sentencia, acorde al precedente jurisprudencial que aquí ha sido materia de análisis, en punto de las facultades del juez de conocimiento para develar las inconsistencias que presente el preacuerdo, que el mismo no se adscriba a una decisión de mérito como tal, sino a un pronunciamiento de anulación, en orden a una determinada irregularidad que, de manera obvia, entrañe la sustancial afectación de garantías fundamentales.

En tales condiciones, establece el mismo precedente, deviene en un imperativo para el juez de conocimiento declarar el vicio que adolece la negociación y determinar nuevamente el encausamiento del trámite, a partir de la corrección del acto irregular. Tales planteamientos, extensibles igualmente a la sede de segundo grado y de casación. Así se extrae de la

¹⁰⁰ En este sentido, se pronunció la Corte en la ya aludida decisión 31531 de 2008, al hacer extensivo además ese ámbito de pronunciamiento en segundo grado, a la sede de casación: *"(...) traduciéndose conforme al criterio de "interés para recurrir" que en principio los intervinientes en el acuerdo aprobado, carecen de legitimidad para desarrollar censuras en la pretensión de lograr la revocatoria o modificación de aspectos de atribución típica, grados de participación, circunstancias modales, adecuación antijurídica, expresiones de culpabilidad, agravantes genéricas o específicas, etc., que hubiesen sido objeto de aceptación, preacuerdo o negociación. (...) Lo anterior no excluye que se puedan desplegar censuras sobre aspectos relacionados con la dosificación de la pena en cuanto a sus límites de legalidad, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, efectos de incongruencia entre los contenidos de lo consensuado y las conductas derivadas, y desde luego, respecto de la transgresión de garantías fundamentales."*

precitada decisión 43356 de 2016, en referencia a la providencia 27759 de 2007, también aludida con anterioridad:

“(…) cuando el juez de 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*.”.

En efecto, conforme ha sido objeto de análisis, se estima plausible, aún en perspectiva del momento procesal sentencia, optar por la anulación de lo actuado, en punto a la adecuación del trámite en términos de legalidad o de observancia de garantías fundamentales¹⁰¹.

3.3.2.3.3.2.4. DECLARATORIA DE ABSOLUCIÓN.

Por último, baste reivindicar en esta dinámica procedimental, en clave de proferimiento de sentencia de mérito vía preacuerdo, la posibilidad de definir el asunto a través de sentencia absolutoria, pese a la asunción de responsabilidad penal derivada de la negociación. Y es que, como elemental derivación del andamiaje inherente a un estado constitucional de derecho, no resulta oponible al destinatario de la pretensión punitiva, más allá que hubiere optado por una aceptación de cargos, una emisión de sentencia condenatoria que, de una u otra forma, asalte los postulados básicos de dicha estructura.

Es así que, de develarse en la confección de la respectiva sentencia de mérito, que el asunto se aviene a una flagrante inobservancia de la máxima constitucional del debido proceso, en su variable del principio de legalidad, y de tratarse de circunstancias objetivas que no resultan subsanables vía declaratoria de nulidad, por imposibilitarse en un todo la estructuración de la conducta punible –*art. 9, C. Penal*-, pues se abre paso el proferimiento de sentencia absolutoria.

¹⁰¹ Al respecto, se pronunció la Corte en la misma decisión 43356 de 2016 y en alusión a la providencia 29530 de 2008, a propósito de la competencia del *ad quem*, respecto de la sentencia de mérito que defina la cuerda abreviada, para revisar los términos de legalidad de la negociación.

Así se desprende del reciente precedente de la Corte, en la ya referenciada decisión 45495 de 2017: “En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, *en tanto garantía fundamental*. No obstante, por tratarse de un aspecto *objetivo* que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa *ius fundamental* no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio”.

E igualmente, en referencia a las también aludidas decisiones 31531 de 2008 y 39160 de 2012, destaca respectivamente aquel pronunciamiento, a manera de ejemplos, la inviabilidad de emitir sentencia condenatoria en eventos de carencia afectación del bien jurídico de la salud pública, por tratarse del propio consumo de sustancia estupefaciente¹⁰², o en caso de estarse a un allanamiento a cargos por dos delitos, pese a tratarse de un concurso aparente; eventos ambos, constitutivos de sendas sentencias de reemplazo, de mérito absolutorio, la última, de manera obvia, respecto de uno de los delitos aceptados.

¹⁰² Aunque diferido ese escenario a la actualidad jurisprudencial en la materia, a propósito de la cualificación subjetiva que se tiene como exigencia en la configuración del tipo, tal como se aludiera precedentemente, en perspectiva de la destinación del material con fines de suministro, distribución o comercialización y acorde a línea de pronunciamiento de la Corte, edificada a través de las decisiones 41760 del 9 de marzo y 43512 del 6 de abril de 2016, y 43725 del 15 de marzo y 44997 del 11 de julio de 2017.

4. BIBLIOGRAFÍA.

BAZZANI MONTOYA, Darío. La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. En: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colombia. (2006). P. 207–262.

Código Penal, Decreto 100 de 1980 - Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996. 714 p.

Código de Procedimiento Penal, Decreto 181 de 1981. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1795510> [Consulta 20 de enero de 2018].

Decreto 1038 de 1984. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1860581?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1860581?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0) [Consulta 20 de enero de 2018].

Decreto 0050 de 1987. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1700897> [Consulta 20 de enero de 2018].

Decreto 180 de 1988. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1040981> [Consulta 20 de enero de 2018].

Decreto 474 de 1988. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1104348> [Consulta 20 de enero de 2018].

Decreto 2490 de 1988. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1455930> [Consulta 20 de enero de 2018].

Decreto 2790 de 1990. Disponible en: <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1490814> [Consulta 20 de enero de 2018].

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental Tomo I. Introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del delito. Reimpresión de la segunda edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 1993, 79 p.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Segunda Edición. Tomo II. Teoría general del delito y punibilidad. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1989, 27 p.

FERRAJOLI, Luigi. El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. 1996. En Andrés Ibáñez (comp.), 1996 y Peña Freire 37 p.

GARZÓN MARÍN, Alejandro, LONDOÑO AYALA, César Augusto y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Gloria Cristina. Negociaciones y preacuerdos. Tomo I. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Nueva Jurídica. Primera Edición, 2007. 435 p.

GARZÓN MARÍN, Alejandro, LONDOÑO AYALA, César Augusto y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Gloria Cristina. Negociaciones y preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano. Tomo II. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Nueva Jurídica. Primera Edición, 2007. 950 p.

GÓMEZ MARÍN, Mario León. Estatuto para la defensa de la justicia y normas complementarias. Medellín: Señal Editora, 1991, prefacio.

GRANDA MARÍN, Alberto. Asamblea Nacional Constituyente y Constitución Política de 1991. [en línea]. Medellín: Revista Pensamiento Humanista N° 2. Universidad Pontificia Bolivariana, 1994. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/PensamientoHumanista/article/view/433>. [Consulta 23 de diciembre de 2017].

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal. Santa Fe de Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998. 212 p.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Segunda edición ampliada. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, 29 p.

Ley 2ª de 1982. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1557168> [Consulta 20 de enero de 2018].

Ley 2ª de 1984. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1557186> [Consulta 20 de enero de 2018].

Ley 52 de 1984. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1606354> [Consulta 20 de enero de 2018].

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 1993, 231 p.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid, España: Editorial Trotta S.A., 1997, 25 p.

PUNTES, Orlando Enrique. Creación de jueces penales del circuito especializados. Ley 504 de 1999. Ejemplar exclusivo para suscriptores del Régimen Penal Colombiano. Bogotá: Editorial Legis Editores S.A., 1999, 11 p.

ROXIN, Claus. GUNTHER, Arzt. TIEDEMANN, Klaus. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A., 1989, 37 p.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. (Nº 7, 2004). P. 107–128.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer semestre de 2013. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2013, 390 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Segundo semestre de 2013. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2013, 420 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer semestre de 2014. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2014, 399 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Segundo semestre de 2014. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2014, 443 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer semestre de 2015. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2015, 434 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Segundo semestre de 2015. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2015, 443 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos N° 30. 1.º semestre 2016. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2016, 450 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos N° 31. 2.º semestre 2016. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2016, 445 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos N° 32. 1.º semestre 2017. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2017, 429 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos N° 33. 2.º semestre 2017. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 2017, 422 p.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición, ampliada y corregida. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 1995, 107 p.

Las sentencias de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, no obtenidas de la obra del Dr. Iván Velásquez Gómez, fueron consultadas en las respectivas páginas web de dichas corporaciones:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> y
<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>.