

EL ROL DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN LOS PREACUERDOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

KATHERINE SÁNCHEZ SANTAMARÍA¹

INTRODUCCIÓN:

Con las reformas constitucionales y procesales penales en Colombia, en especial la contentiva en el Acto Legislativo 03 de 2002, se abrió paso al sistema procesal con características acusatorias y con ello, se conocieron métodos alternos de terminación del proceso penal.

A menudo se piensa que los preacuerdos, o cualquier forma de terminación anticipada del proceso penal con las consecuencias punitivas favorables que ello conlleva para el procesado, son en realidad mecanismos que comportan impunidad y que desprotegen los intereses de la víctima. Esta afirmación parecería apresurada, pero es fruto de un “sentimiento colectivo” que como profesional del derecho percibo constantemente. En efecto, cuando se discurre acerca de las formas de terminación del proceso, acompañándose con los adjetivos “anticipada” y “consensual” se crean discusiones entre conceptos y principios jurídicos como legalidad vs economía procesal, oportunidad vs castigo, debido proceso vs justicia, garantías del procesado vs derechos de las víctimas, temas no superados y que tienen cierta prevalencia o valor según la filosofía misma del sistema procesal que se aplique.

En Colombia, aunque se aplica un sistema procesal penal con tinte acusatorio, aún hay rezagos del pretérito sistema inquisitivo y también ese es un ideal cultural y social. De ahí la importancia del rol del juez de conocimiento al momento de aprobar o no un preacuerdo, pues como se observa, no sólo se enfrenta a una disyuntiva netamente jurídica, también sociológica, en donde debe examinar las finalidades del proceso penal, principios constitucionales, el rol de partes y el método adversarial del proceso.

Desde luego, éste trabajo no se propone emitir respuestas absolutas y definitivas a la problemática propuesta, pero sí aportar a la academia y al ejercicio profesional del abogado penalista con argumentos que permitan tomar una u otra postura en un tema álgido y de gran debate actual.

¹ Abogada, especialista en derecho penal y procesal penal. Katherinesanchez2310@gmail.com.

Visto a grandes rasgos el contorno de la investigación, el problema jurídico que planteo es si ¿la función del juez de conocimiento frente a los preacuerdos debe ser pasiva en todos los escenarios, esto es, no sólo cuando desconozca o quebrante garantías fundamentales?

Para resolver este interrogante presento dos hipótesis.

1. No, la facultad del juez en los preacuerdos debe ser más activa y garantista en relación con los derechos de la víctima. Debe propender por prestigiar la justicia, crear justicia real y material, y en consecuencia no puede utilizarse solamente para resolver los casos de manera célere y descongestionar los despachos judiciales.

2. Sí, la facultad del juez en los preacuerdos se limita a la propuesta que presenten las partes en conflicto, ellas son fiscal y defensa, por tratarse de un sistema de partes adversarial; si eso es así, además se satisfacen los principios de justicia material y real, los derechos de las víctimas y se logra eficiencia procesal.

OBJETIVOS:

Objetivo General:

Establecer si como lo preceptúa el inciso 4 del art. 351 de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado deben obligar al juez de conocimiento, en todos los casos.

Desde luego que el planteamiento del objetivo general no incluye la excepción que el mismo legislador planteó, es decir, salvo que se quebranten garantías fundamentales, pues pese a que es un enunciado muy amplio e indefinido, el propósito es establecer en qué casos la intervención del juez puede ser restringida o si es imperativo para el funcionario judicial aprobar los preacuerdos en todos los escenarios.

En ese sentido, la investigación tiene dos componentes:

- (i) El análisis teórico del preacuerdo entre fiscalía y defensa, orientado a establecer si cumple con los principios de legalidad y justicia material y formal, en donde se debe determinar hasta qué punto los preacuerdos pueden convertirse en un instrumento para la vulneración de normas, principios legales y constitucionales, y si aun así, de advertirlo el juez, está obligado a aceptarlos. Allí también se deberá establecer la manera como el mal manejo de los preacuerdos pueden significar el desprestigio de la administración de justicia, so

pretexto de humanizar la justicia, descongestionar los despachos, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales y lograr la participación del imputado; pues al tiempo que el procesado accede a la posibilidad de reducir su condena, se debe determinar si tal objetivo cumple con los imperativos de justicia real y material, además si se legitima la justicia.

(ii) Si el operador judicial Colombiano en la práctica está obligado a aceptar dichos preacuerdos, teniendo en cuenta que el juez no es un sujeto inerte y un simple revisor, pues debe comprobar la legalidad de los mismos, verificar si existe un mínimo probatorio que permita fundadamente emitir sentencia condenatoria porque la aceptación de cargos *per se* no demuestra la materialidad de la conducta punible ni la responsabilidad y además debe corroborarse que tal aceptación sea libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por su defensor.

Objetivos Específicos:

- Determinar si el imperativo normativo –los preacuerdos obligan al juez de conocimiento– cumple con el principio de legalidad.
- Establecer si los preacuerdos cumplen con el fin de obtener una decisión materialmente justa reflejada en la sanción penal impuesta.
- Determinar si la aceptación categórica de los preacuerdos por parte del juez de conocimiento garantiza los derechos de las víctimas.
- Establecer el alcance de la discrecionalidad y autonomía del juez de conocimiento en sus decisiones.

SUMARIO: I. Los preacuerdos en Colombia. I.I Noción y ubicación. I.II. Finalidad de los preacuerdos y fundamentos constitucionales. II. posturas sobre el control judicial a los preacuerdos. III. Sobre la posibilidad de tomar como referente una norma penal menos gravosa únicamente para efectos de calcular la pena.

I. LOS PREACUERDOS EN COLOMBIA

I.I NOCIÓN Y UBICACIÓN

Los preacuerdos, también llamados negociaciones, son formas anticipadas de terminación del proceso penal, las cuales siempre implican la aceptación total o parcial de los cargos y la responsabilidad del procesado, a cambio de una rebaja punitiva a la que se puede llegar de varias formas, pero sólo aplicando una de ellas, pues no es posible obtener u otorgar - dependiendo de la parte en conflicto de donde se mire – más de una rebaja compensatoria por el acuerdo. El propósito a grandes rasgos es evitar el desgaste del aparato judicial hasta llegar a la etapa del juicio.

Por tratarse de mecanismos de justicia consensuada, en contraste con la justicia premial, se exige un convenio o pacto entre el fiscal como titular de la acción penal y el procesado como titular de su derecho dispositivo en relación a la aceptación de responsabilidad de los cargos formulados en la audiencia de formulación de la imputación. De ésta primera aproximación surgen varios aspectos que vale la pena puntualizar con mayor detenimiento.

La participación de los asociados en las decisiones que los afectan es una conquista que paulatinamente se ha logrado, lo cual se armoniza con la humanización del derecho, en especial en el área penal, pues cada vez cobra mayor protagonismo la intervención del sindicado, imputado y/o procesado en la aducción de pruebas, controles de legalidad y en el posterior juzgamiento. Tal característica se evidencia con el advenimiento del modelo de justicia penal con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004.

Es así como el procesado puede participar en la definición de su situación jurídica a través de la aceptación libre, consciente, voluntaria e informada. Tal acto unilateral implica la renuncia a derechos de raigambre constitucional tales como: (i) no auto incriminarse, (ii) no declarar en contra de sí mismo, (iii) “tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el que 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 y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate” (Congreso de la República de Colombia. (2004, 31 de agosto). *Ley 906 de 2004*. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Secretaria Senado. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Como se dijo en precedencia, los actos de manifestación de justicia consensuada y aquellos que se pueden categorizar dentro de la justicia premial, no son los mismos, aunque las dos sean herramientas de terminación antelada del proceso. Dentro de los primeros encontramos los

preacuerdos y negociaciones entre el ente persecutor y el imputado o acusado, conceptos cuyo sentido literal expresa un convenio y por lo tanto un acto bilateral. En cambio, los allanamientos pueden catalogarse dentro de una manifestación de justicia premial, pues no se pacta ningún beneficio con el titular de la acción penal, es decir, surge de un acto espontáneo, unilateral y voluntario de aceptación de la responsabilidad total o parcial del procesado, a cambio de un descuento punitivo directamente proporcional a la etapa procesal en que lo haga, cuyos rangos los estableció el Legislador específicamente, como se verá más adelante.

Tampoco parecería válida la posibilidad de consensuar por ejemplo el archivo de las diligencias; tal manifestación del principio aunque dispositivo del derecho no surge como un acuerdo entre la fiscalía y el procesado, sino como un acto discrecional de la fiscalía cuando, no obstante haber realizado todas las labores investigativas para constatar la ocurrencia de los hechos que tengan la connotación de un delito, encuentra que “no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal” (2004, 31 de agosto). Artículo 79 *Ley 906 de 2004*. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Secretaria Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

La preclusión o la aplicación del principio de oportunidad, son actos que también surgen del principio dispositivo, en este caso, de la fiscalía, salvo si se está en la etapa del juzgamiento y sobrevienen las causales contempladas en los numerales 1º y 3º del art. 332 del C.P.P., caso en el cual el Ministerio Público o la defensa también podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

La oblación contemplada en los Artículos 82, numeral 5 del C.P. y 77 del C.P.P. (en el caso de los delitos que tienen como única sanción la unidad de multa), el desistimiento de la víctima de los Artículos 76 y 77 del C.P.P. (en el caso de la querrela) o la amnistía propia prevista en el Artículo 82 del C.P. (cuando se trata de delitos políticos) también son mecanismos alternos al juicio oral que se promueven a solicitud de una de las partes o intervinientes sin necesidad del consentimiento o anuencia de la contraparte o de algún interviniente.

Los anteriores procedimientos aunque son excepciones al ritual para llegar a la etapa del juicio, su aplicación ha cobrado fuerza por la necesidad de descongestionar el sistema y entronizar el principio de economía procesal, prescindiendo del desarrollo completo y gradual propio del

proceso penal ordinario y cabal, a través de salidas alternas abreviadas que simplifican la terminación de la acción y que por lo general implica el fin del procedimiento en menos tiempo.

Como el estudio se centra en el instituto de los preacuerdos, no nos detendremos en las otras formas de terminación del proceso penal, pese a que era necesario crear pautas diferenciadoras para ubicarnos conceptualmente.

Para efectos de restringir el marco teórico y delimitar el estudio, solamente nos referiremos al procedimiento de terminación anticipada consensuada del proceso, una vez descartadas las anteriores formas de terminación anticipada que no derivan del acuerdo. En efecto, la finalidad del preacuerdo es anticipar la decisión respecto del agotamiento de todas las etapas anteriores o concomitantes al juicio previstas para la investigación y el juzgamiento, como resultado del acuerdo entre el procesado y la fiscalía.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española preacuerdo significa “*m. Acuerdo previo entre varias partes que precisa ser ultimado o ratificado*” Real Academia Española. (2014). vigesimotercera edición. [http:// https://dle.rae.es/preacuerdo](http://https://dle.rae.es/preacuerdo)

En mi sentir, tal término resulta adecuado para connotar el acuerdo que en materia penal realizan las partes en conflicto porque aunque el acuerdo que hacen es definitivo para ellas, requiere de aprobación por parte del juez de conocimiento, momento en el que, de acuerdo a la definición traída, se ultima o ratifica, se itera, no por la fiscalía y el imputado, sino por el juez, pues ningún efecto tendría que el acuerdo fuera definitivo y ratificado por los interesados si no es avalado por la autoridad competente, por eso el pre-acuerdo se convierte en acuerdo cuando así lo declara el juez de conocimiento al constatar que cumple todas las garantías fundamentales.

Sobre la conceptualización del tema objeto de estudio la Escuela Judicial Lara Bonilla en uno de sus artículos sobre los preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano (2009) indicó:

El allanamiento, por lo mismo que resulta en una aceptación incondicional de los cargos que han sido formulados en una imputación o en una acusación y que opera fundamentalmente por causa de la rebaja prometida según el momento procesal en que se dé, no es negociación ya que ésta supone una preparación (preacuerdos), un cruce de opiniones y propósitos, una voluntaria y pacífica confrontación de ideas, ofertas y

contraofertas, un ir y venir de ideas, una excitación del fiscal o una iniciativa del procesado o la defensa, que trata de alcanzar un punto intermedio de avenencia, etc., todo lo cual no se da en el denominado allanamiento. Es más, en la negociación es dable estimularla indicando la pena que se impondría, cargos subsistentes y cargos eliminados, agravantes retiradas, calificación de hechos, beneficios transitorios mientras finaliza ese procedimiento abreviado o de temprano surgimiento, o la ejecución de la pena, monto de compensaciones económicas, etc. En cambio, en el allanamiento estos aspectos no se dan ni suelen controvertirse, pues se trata de una decisión unilateral del imputado o acusado en cuanto admite los cargos que se le hacen conocer y los elementos de comprobación que los respaldan. Si se fuera a simplificar más el asunto, al allanamiento lo caracteriza la espontaneidad (surge por propia iniciativa, sin discusiones, procurando un quantum de rebaja de pena) y al acuerdo o negociación, la voluntariedad (aparece bajo un estímulo y ofrece amplias perspectivas de conciliación sobre los más diversos aspectos y efectos, calificación de los hechos, modificación en el grado de intervención, agravantes, diminuentes, etc. (Gómez, R.G. (2009). *preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano*. IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República, Promoción 2009, p 19.)

La anterior conceptualización nos enseña con mayor claridad la diferencia entre los allanamientos y los preacuerdos o negociaciones, y de paso nos permite destacar las consecuencias que en cada caso se presentan:

En primer lugar, los allanamientos siempre traducen una rebaja de pena, monto que depende del momento procesal en que exteriorice esa manifestación. Dígase de una vez que si la aceptación se produce en la audiencia de formulación de la imputación, la rebaja será hasta de la mitad de la pena (Artículo 351 del C.P.P.). Si es en la audiencia preparatoria la rebaja se reduce hasta en el tercera parte de la pena a imponer (Artículo 356 del C.P.P.) y si la declaración de culpabilidad se presenta una vez es instalado el juicio oral, el acusado tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados (Artículo 367 del C.P.P.).

En este asunto conviene precisar, conforme al párrafo del art. 301 de la Ley 906 de 2004 que si la persona es capturada en flagrancia y decide allanarse a los cargos la rebaja de pena no será la misma sino un cuarto (1/4) del beneficio de que trata el art. 351 ibídem (Párrafo declarado

exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-240 de 2014). Sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-645 de 2012 (2012, 23 de agosto/.sentencia de constitucionalidad 645/12, Nilson Pinilla Pinilla M.P.) declaró exequible el parágrafo del art. 57 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí determinado también debe extenderse a todas las demás oportunidades procesales en las que el sorprendido en flagrancia acepta los cargos o suscribe acuerdos con la fiscalía. Eso significa que si la aceptación se produce en la audiencia de imputación, la rebaja en este caso será hasta del 12.5%; si lo es en la audiencia preparatoria será de hasta el 8.33% y si se hace en la audiencia de juicio oral es de hasta un 4.16%.

Esa graduación de disminución punitiva se aviene con el principio de progresividad que inspira la justicia premial, cuyo propósito no es otro que a mayor colaboración con la justicia, mayor beneficio obtenido, pues es obvio que en la medida que avance el proceso menor debe ser la recompensa que merezca quien se allana, porque no sólo se ha construido con certidumbre una verdad procesal y material de la conducta punible, sino que se ha desgastado el aparato judicial y el sistema, aspectos que también deben ser evaluados en la aceptación que hace el procesado, teniendo en cuenta la celeridad y oportunidad de la colaboración, con la consiguiente abreviación de los trámites procesales y la mayor o menor disminución de los costos que asume la administración de justicia. Tampoco es proporcional que una persona capturada en flagrancia que acepta cargos obtenga los mismos beneficios que otra que no lo fue, lo que hace necesario aplicar el límite previsto en el parágrafo del art. 301 de la ley 906 de 2004, no solo por aceptación unilateral de cargos, sino en aquellos caso en donde deciden preacordar.

Podría pensarse que la anterior afirmación sólo aplica en los allanamientos y no en los preacuerdos celebrados por el capturado en situación de flagrancia o que solo puede aplicarse cuando el motivo del acuerdo verse estrictamente sobre la pena, no obstante, tal interpretación no solo desconocería el principio de igualdad sino el de la legalidad de las penas.

Otro criterio diferenciador de las consecuencias en el preacuerdo y en el allanamiento a cargos es la diversidad de asuntos sobre los cuales el procesado puede obtener beneficios. Es claro que quien se allana la única recompensa que recibe es la rebaja de pena que obtiene según el momento procesal en que lo hace y las condiciones de su captura, como se acabó de ver. Por el contrario, en los preacuerdos la fiscalía y el imputado o acusado podrán convenir la eliminación de una

circunstancia de agravación o algún cargo específico, la concesión de una circunstancia atenuante, la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, la imputación subjetiva favorable, la degradación del grado de participación en la conducta o de la forma de ejecución del reato, incluso es posible cuando se esté en presencia de concurso de conductas punibles, eliminar algún cargo específico. El legislador preceptúa que si hubieren cambios favorables para el imputado con relación a la pena por imponer, *“esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”*. (Inciso 2º del art. 351 C.P.P.).

Pero no solo es posible negociar sobre los hechos imputados, también lo es sobre sus consecuencias (Artículo 350 de la Ley 906 de 2004) lo que implica que la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado pueden consensuar la pena y los subrogados penales. Si dentro de los límites legales se acuerda la cantidad determinada y concreta de pena a imponer, es obvio que tal determinación *“obliga(n) al juez de conocimiento”*, salvo claro está, que el acuerdo desconozca o quebrante las garantías fundamentales, como se verá más adelante.

Igualmente es posible preacordar la proporción de rebaja de pena que tendría el imputado por la asunción de responsabilidad negociada, caso en el cual al dosificar la pena el juez aplicará el sistema de cuartos y obviamente los criterios que establece el Código Penal para la debida ponderación e imposición de las sanciones punitivas.

Es necesario aclarar que los allanamientos deben partir de un supuesto fáctico real y respaldado en un mínimo de prueba que demuestre la existencia de la conducta, la autoría o participación del imputado o acusado y la no existencia de causal de ausencia de responsabilidad penal (Artículo 327.3 del C.P.P.); ello no sólo permite la correcta adecuación típica (incluidas las circunstancias específicas de mayor y menor punibilidad), sino la garantía del principio de legalidad. La aceptación de cargos sin la verificación de tales condiciones de índole fáctica y probatoria conllevan la invalidez de tal acto.

Refulge con encomiable franqueza que los preacuerdos y negociaciones ofrecen diversidad de opciones para quien de manera bilateral decide aceptar los cargos y beneficiarse, obsérvese que el allanamiento el único efecto que produce es el descuento punitivo que el legislador se encargó de limitar, por lo que la rebaja se concreta a ese máximo de descuento sin conocer exactamente el quantum punitivo porque la pena en este caso será a discreción limitada del juez. En cambio, la negociación con la fiscalía posibilita acordar en una multiplicidad de aspectos, en todos desde

luego con beneficios representados en la pena, pero aquí sí, con certidumbre sobre el quantum final de la pena porque incluso se puede acordar el monto de la sanción, aunque posteriormente tenga que ir a control judicial.

I.II FINALIDAD DE LOS PREACUERDOS Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

Los preacuerdos pretenden:

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. (2004, 31 de agosto). *Inciso 1º del artículo 348 de la Ley 906 de 2004*. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Secretaria Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Busca además aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento (Inciso 2º del artículo 348 de la Ley 906 de 2004).

Ésta institución supone que el imputado acepte la responsabilidad o se declare culpable del (los) delito (s) imputado (s) o de uno relacionado de pena menor, ó a cambio de que el fiscal (i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, ó (ii) tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (Artículo 350 de la Ley 906 de 2004). También podrán el fiscal y el imputado acordar los hechos imputados y sus consecuencias, en todo caso a cambio de la aceptación de cargos el procesado sólo tendrá derecho a una sola rebaja compensatoria por el acuerdo (Artículo 351 de la Ley 906 de 2004).

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

El artículo 349 señala que son improcedentes los acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido

incremento patrimonial fruto del mismo sin haberlo reintegrado, por lo menos el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

A su turno el artículo 351 del C.P.P. indica que los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales y el artículo 327, inciso 3° ibídem señala que no se podrá aplicar preacuerdos si no hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, lo cual asegura o aproxima en grado de certeza la emisión de sentencia condenatoria que no tenga como única consecuencia la confesión o aceptación de cargos sino prueba que ratifique la manifestación del imputado, como sucede en el allanamiento puro y simple. Eso significa que el Juez puede rechazar los preacuerdos cuando encuentre que vulnera garantías fundamentales de las partes e intervinientes, no hay elementos materiales probatorios que demuestren la materialidad de la conducta punible, se demuestre que la conducta imputada es diferente a la preacordada, que no hay unicidad en el grado de participación, o concurren causales de justificación o inculpabilidad.

No sobra advertir que, conforme al artículo 199 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006, no proceden las rebajas de pena basadas en preacuerdos y negociaciones cuando se trate de delitos de homicidio doloso, lesiones personales dolosas, secuestro o delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores de edad. Tampoco en los delitos excluidos por las leyes 1121 de 2006 y 2098 de 2021.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente, con la respectiva rebaja de pena según el momento procesal de su realización; si es en la audiencia de formulación de imputación la rebaja será hasta de la mitad de la pena imponible (art. 351 inc 1), si el preacuerdo se realizó posterior a la presentación de la acusación y antes del juicio oral la pena se reducirá en una tercera parte (art. 352 inc 2) y si se hacen manifestaciones de culpabilidad preacordadas durante el juicio oral el Juez no podrá imponer una pena superior a la que ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación de lo dispuesto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 (art. 370), esto es a la audiencia de individualización de pena y sentencia.

Las consecuencias que devienen de la aceptación parcial de cargos son: (i) la ruptura de la unidad procesal para continuar el proceso frente a los cargos no aceptados y la emisión de sentencia para los que sí lo fueron, (ii) la irrevocabilidad del allanamiento y la convocatoria del juez a la

audiencia de individualización de pena y sentencia de que trata el artículo 447 del Estatuto Procesal.

La legitimidad para impugnar las decisiones respecto de los preacuerdos depende del interés que le asista a la parte que no le favoreció la decisión en todo o en parte, entonces si se imprueba el preacuerdo pueden impugnar el fiscal, imputado o causado, su defensor o el Ministerio Público. Si la sentencia no consigna la totalidad de los aspectos preacordados les asiste interés a la Fiscalía, al procesado y defensor. Si excede el beneficio otorgado por la Fiscalía ésta tiene interés en modificar la sentencia para que se adapte a los términos de la pena si fue acordada o al beneficio ofrecido, y si faltó reconocer un beneficio, mecanismos sustitutivos o impuso pena superior, el procesado y su defensor pueden interponer los recursos ordinarios. De cualquier manera, si la decisión fruto del preacuerdo vulnera garantías fundamentales, el Ministerio Público puede impugnarla.

El artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, prevé entre los fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan, postulado que se evidencia en la adopción del modelo de justicia penal acusatoria contenido en la Ley 906 de 2004, en tanto el procesado puede participar en la definición de su responsabilidad penal, claro está con el asesoramiento técnico de su defensor, que le permita de manera libre, consciente y voluntaria arribar a una decisión sobre su responsabilidad.

A su vez, desde el preámbulo de la Constitución se conciben como fines del poder soberano del pueblo la búsqueda de la justicia y la paz, conceptos que refuerza el artículo 2 ibídem al señalar que son fines esenciales del Estado

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...). (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia*. Secretaria Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

El artículo 348 del C.P.P., establece:

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 prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento. (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Secretaria Senado. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

De acuerdo al fundamento constitucional que a la postre pauta el proceso penal, observamos cómo las salidas alternas contribuyen de manera eficaz a la construcción de valores fundantes como la justicia y la paz al posibilitar la reconstrucción del tejido social con iniciativas que emergen de las mismas partes en conflicto, que de paso supone la utilización del sistema penal como la *última ratio*.

Al indicarse desde la cumbre normativa que Colombia es un Estado social, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana (Artículo 1º de la Constitución Política de Colombia) se orienta el proceso penal y dota de herramientas a los mecanismos alternativos de solución de conflictos dentro del proceso dialéctico y propositivo de las partes, lo que legitima la terminación del proceso penal por éste medio.

En consecuencia la finalidad de los preacuerdos es lograr la participación de los coasociados en la resolución de los pleitos, efecto que irradia en la humanización de la actuación procesal, en el logro de manera rápida la solución de los conflictos y propicia la reparación de los perjuicios que ocasiona el injusto, efecto que desde luego involucra a la víctima y la autoriza para obtener de manera segura y pronta su reparación.

El preacuerdo como una alternativa al proceso penal en definitiva es una manera eficaz de solucionar los conflictos sociales que se presenten, de acortar los largos y tediosos plazos que conlleva aplicar el procedimiento ordinario, pero, ¿eso significa que obtener una respuesta judicial

definitiva por ése método sea justa?, la respuesta depende de una parte, de la calidad de aporte que haga el imputado con su aceptación total o parcial, es decir de la importancia de la información que aporte al aparato judicial y de las pruebas que respalden sus afirmaciones, y de otra, del beneficio o premio que como contraprestación otorgue la Fiscalía, es decir de la proporcionalidad que exista en la negociación, en lo recibido y lo ofrecido.

Ésta sin duda puede ser una buena solución a los problemas de congestión que la Ley 600 de 2000 heredó, que aún persiste en algunos pocos casos que quedan bajo su régimen y que en la Ley 906 de 2004, pese a las varias salidas alternas al juicio que ofrece, también se presenta.

1. El estado actual de la Justicia penal: Hoy como ayer, en crisis permanente, pocos Jueces, pocos Fiscales, costosos Abogados, muchos delincuentes, procedimientos lentísimos, siempre un perdedor: A. El fracaso de los actuales Códigos para hacer frente a los nuevos retos de la delincuencia y a los nuevos delitos, o a sus nuevas formas de comisión. B. La solución parece ser que no es conseguir una mejor Justicia penal, sino buscar alternativas al enjuiciamiento criminal. 2. Las formas de esas alternativas: A. Desjudicializar parte del proceso, otorgando la instrucción al Ministerio Fiscal; B. Introducir excepciones fortísimas a principios sólidos del Derecho Penal (legalidad) y de Derecho Procesal Penal (necesidad), cambiando el órgano decisor natural *contra sistema*: 1. Oportunidad *versus* legalidad: a) Por la que el Ministerio Fiscal queda autorizado para decidir si iniciar el proceso penal o no; b) Para ofrecer medidas distintas a la acusación (persecución) a cambio de contraprestaciones (trabajos, reparaciones, conciliaciones, etc.), normalmente sujetas a condición; c) O para negociar la pena (conformidad) o incluso la impunidad del acusado; 2. ¿Podrían centralizarse todas las alternativas en nuestra conformidad, una inteligente y eficaz solución española mal interpretada por el legislador? Una crítica a la conformidad que se nos viene encima y una propuesta. (Gómez Colmenares, 2012, cit., p. 267)

Finalmente, no se puede pasar por alto que para que los preacuerdos superen el baremo de la validez formal y material, deben cumplir ciertos requisitos como son:

- Respeto de derechos y garantías fundamentales del implicado.
- Que el acto dispositivo del imputado o acusado sea libre, consciente y debidamente asesorado por el defensor, con conocimiento de las consecuencias de su decisión, lo que comporta examinar si es engañado o compelido a hacerlo, en otras palabras, el juez al

verificar el acuerdo ha de descartar cualquier vicio del consentimiento para que sea legal y pueda aprobarlo.

II. POSTURAS SOBRE EL CONTROL JUDICIAL A LOS PREACUERDOS

Para el desarrollo de los objetivos propuestos en este capítulo, debemos empezar por elucidar algunos conceptos previos. Cuando el acuerdo se presenta antes de la formulación de acusación-entendida como un acto complejo-el mismo hace las veces de la acusación y por tanto el control jurisdiccional tiene las mismas implicaciones que se hacen sobre esta etapa procesa promovida por la fiscalía.

El artículo 350 del Código de Procedimiento Penal de 2004 es ilustrativo en este aspecto al decir que desde la formulación de la imputación las partes pueden celebrar preacuerdos y que si se presenta antes de la presentación del escrito de acusación, “el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.” (2004, 31 de agosto). *Ley 906 de 2004*. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Secretaria Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Eso significa que el acuerdo presentado en esta fase procesal se homologa a la acusación y por ende la sentencia debe ser congruente con los términos convenidos y plasmados en el preacuerdo (artículo 448 del C.P.P.).

Pero si el preacuerdo se hace con posterioridad a la formulación de la acusación, entonces se deberá surtir con fundamento en los términos de la acusación y la congruencia se predica entre el convenio emanado de la acusación y la sentencia.

Siguiendo esa lógica, el control que hace el juez del acuerdo va a ser el mismo que se deriva de la acusación y en tal sentido es formal más no material, esto es, no podrá interferir en la calificación jurídica de la conducta, lo que no es óbice para que exija, si es el caso, la formulación clara, correcta, adecuada y completa de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía, como garantía de defensa del imputado o acusado, so pena de ser declarado nulo. Corte Suprema de Justicia, 2021, 10 de marzo/. Sentencia penal 741/21 (Diego Eugenio Corredor Beltrán M.P.)

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP741>

2021(54658).pdf.

Sobre el papel del juez en el control de la acusación, específicamente frente a la relación de los hechos jurídicamente relevantes (Numeral 2 del art. 337 de la Ley 906 de 2004), la Corte Suprema de Justicia en la sentencia penal 741 del 10 de marzo de 2021, radicado 54658, a su vez citando la decisión CSJ SP14792-2018, Rad. 52507, sostuvo:

A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.

Desde luego, no se trata de que el funcionario judicial reemplace a la parte o le imponga su particular visión de los hechos o su denominación jurídica, sino apenas exigir de ella que cumpla con el requisito legal, vale decir, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, en el entendido que la exigencia se representa necesaria para soportar la validez de la diligencia, dentro de los presupuestos que gobiernan la estructura del proceso; máxime cuando, cabe anotar, al amparo del principio antecedente – consecuente, que signa el proceso penal, no es posible acceder al próximo momento procesal si el anterior no se ha adelantado de manera completa y correcta.” Corte Suprema de Justicia, 2021, 10 de marzo/. Sentencia penal 741/21 (Diego Eugenio Corredor Beltrán M.P.)

[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP741_2021\(54658\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP741_2021(54658).pdf)

Así las cosas, si la formulación de la imputación y la acusación requieren del fiscal una narración de los hechos jurídicamente relevantes con las características descritas, es inconcuso que el preacuerdo también lo exija, pues si el implicado no conoce los hechos por los cuales se le vinculó a un proceso penal, de una parte, no puede ejercer su derecho de defensa y de otra, su eventual aceptación de cargos bajo cualquier modalidad estaría viciada proveniente del error en el que incurrió al no tener una comprensión suficiente de los hechos por los que se le imputa o acusa, caso en el cual, la única solución procesal es la nulidad de la actuación.

Retornando al centro de la discusión, tenemos que en principio, la acusación y preacuerdos no tienen control judicial en aspectos sustanciales, sino formales y de manera excepcional cuando desconoce garantías fundamentales. Esa revisión formal significa que debe verificar que las actuaciones cumplan sus objetivos básicos consagrados en la norma y que se colmen las expectativas legales, no hacerlo equivaldría a minar el derecho de defensa y contradicción, y en su defecto, al quebranto de garantías fundamentales.

De esa manera el juez debe hacer control para, por ejemplo, pedir a la fiscalía que aclare o dilucide los términos de la acusación en consonancia con los requisitos enlistados en el art. 337 del C.P.P., de manera que sea inteligible y comprensible para todos los actores del sistema, con mayor razón, para el procesado. Si faltó algún dato que cita la norma en mención, también debe solicitar la ampliación de la acusación y verificar que el presupuesto fáctico sustento de la imputación permanezca invariable en la acusación.

A continuación presentaré las posturas que por vía jurisprudencial se han decantado en el control judicial de los preacuerdos, las que llamaré (i) negacionista, (ii) ecléctica y (iii) permisiva.

II.I NEGACIONISTA

Prohíbe cualquier intervención y posibilidad de efectuar control material de la imputación, acusación y acuerdos por tratarse de actos de parte y de partes que no admiten injerencias del juez. Su sustento jurídico obedece a la filosofía del sistema acusatorio y la imparcialidad que se espera del juez. Esta posición la encontramos en decisiones del Alto Tribunal en su sala de casación penal, tales como: AP, 15 de julio de 2008, rad.29.994; SP, 21 de marzo de 2012, rad 38.256; SP, 19 de junio de 2013, rad 37.951; AP del 14 de agosto de 2013, rad.41.375; AP, 16 de octubre de 2013, rad. 39886.

II.II ECLÉCTICA

Admite un control material restringido, indicando que el control solo es excepcional y en los casos en que (i) se desconocen garantías fundamentales y (ii) cuando se desconozca el principio de legalidad de los delitos y de las penas en la adecuación típica de la acusación. Esta tesis se apoya en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso 2, 351 inciso 4, 443 inciso 1 y 448 del C.P.P. Igualmente, en las sentencias C-1260 de 2005 y C-059 de 2010, y la encontramos en decisiones tales como: SP, 6 de febrero de 2013, rad. 39.892; SP 9853 de 16 de julio de 2014, rad. 40.871; AP 6049 del 1º de octubre de 2014, rad. 42.452; SP 13939 del 15 de octubre de 2014, rad. 42184; SP 14842 del 28 de octubre de 2015, rad.43.436; SP 14191 del 5 de octubre de 2016, rad.45.594

II.III PERMISIVA

Autoriza al juez realizar un control material más o menos amplio de la imputación, acusación y el preacuerdo en temas como tipicidad, legalidad y debido proceso, como lo instituyó la sentencia C-1260 de 2005, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2º del inciso 2 del art. 350 de la Ley 906 de 2006

en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. Corte Constitucional (2005,5 de diciembre). Sentencia de Constitucionalidad 1260/2005 (Clara Inés Vargas Hernández M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm>

Tal interpretación la observamos en las siguientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia: SP, 12 de septiembre de 2007, rad. 27.759; SP, 8 de julio de 2009, rad. 31.280.

Como se observa, la postura mayoritaria acogida por el máximo Tribunal Penal se orienta hacia una mínima intervención del juez de conocimiento en el control material de los preacuerdos por tratarse de un acto dispositivo que involucra únicamente a las partes en conflicto, posición desde la cual le está vedado complementar u orientar la labor de la fiscalía o de la defensa hacia uno u otro sentido. Por ello, solo puede controlar los términos de la acusación o del preacuerdo que haga

las veces del mismo en situaciones excepcionalísimas ante comportamientos que socaven las garantías fundamentales de las partes e intervinientes de manera arbitraria y ostensible.

Adicionalmente, no admite reproche alguno por el juzgador la calificación jurídica que determine el fiscal (CSJ, SP del 6 de febrero de 2013, rad. 39892) porque de existir discrepancia de criterios sobre tal aspecto, el escenario propicio es el juicio oral en el debate y posterior análisis probatorio que se haga en la sentencia, acogiendo o desestimando la teoría del caso del ente acusador y determinando cuales fueron los hechos probados que comporten infracción a la norma sustantiva penal.

No obstante lo anterior, obsérvese que no es clara la delimitación que hace la Corte sobre los conceptos de violación de garantías fundamentales (senda por la que se puede encausar cualquier intervención del juez, así sea de manera distante, pues en últimas cualquier exceso en los términos del acuerdo genera quebranto a garantías fundamentales de las partes e intervinientes). Lo mismo ocurre con la ambigüedad que se presenta ante la segunda excepción, es decir, cuando la adecuación típica de la acusación infrinja el principio de legalidad de los delitos y de las penas porque, por una parte, se dice que el juez no puede interferir en la calificación jurídica de la conducta y por otra, se autoriza su intrusión cuando viole el principio de legalidad en la adecuación típica, lo que equivale a intervenir en la calificación jurídica. Pareciera ser que la excepción es la misma proposición que trae la regla y ello genera problemas de interpretación y de autorización para el juez en la práctica, ya que no es posible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo.

Tales ambivalencias y vaguedades en mi sentir, exigen que el legislador enmarque con mayor precisión los eventos en los cuales se podrían violar garantías fundamentales o contravenir el principio de legalidad y que se establezcan a manera de reglas que no admitan interpretaciones amplias ni hipótesis sujetas a la discrecionalidad del operador judicial, que en ocasiones ha sido increpado por desbordar su límites funcionales y en otras, por avalar un acto de parte de manera silente.

Justamente la amplia interpretación normativa y la cambiante jurisprudencia que han alimentado este tema, son las razones por las que, en la práctica, no se otorgue el mismo tratamiento judicial a supuestos de hechos similares y que las consecuencias que en teoría pudieran ser similares, no lo sean o sean totalmente contrarias, contrariando el principio de igualdad y la seguridad jurídica.

En todo caso, mi postura frente al control de los preacuerdos, bajo las condiciones legales actuales es que siempre y en todos los casos se debe aceptar el control no sólo formal sino material, de lo contrario no tendría razón de ser llevarlo ante un juez porque sobraría su actuación, pudiendo avalarse tal acuerdo ante un Notario o un conciliador para que cobre fuerza ejecutiva. Así las cosas, la atribuciones que la judicatura debe tener al examinar los términos de los preacuerdos o negociaciones van más allá a la de actuar como simple fedatario invidente para proferir sentencia e imponer la pena que aunque acordada, debe determinar si hay violación del debido proceso, privilegiar el derecho material y sustancial, y guiarse por el imperativo de buscar la verdad real, así como la justicia como fines supremos constitucionales (artículo 228 de la Constitución Política). Además, debe encontrar acreditado que el acuerdo sea producto de la liberalidad y autonomía del imputado o acusado con conocimiento de las consecuencias jurídicas y punitivas que ello conlleva, lo cual excluye vicios en el consentimiento conocidos como el error, la fuerza o el dolo de que tratan los artículos 1508 a 1510 del Código Civil.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, aunque el deber demostrativo se atempera un poco en los preacuerdos y negociaciones, el juez siempre debe tener pruebas que evidencien la adecuación típica atribuida fruto de los acuerdos entre Fiscalía y Defensa, y por ello, es deber del ente acusador presentar al juez un mínimo de prueba que respalde la imputación o acusación fáctica y jurídica, así como las causales atenuantes o circunstancias de menor punibilidad reconocidas como consecuencia del acuerdo y la manera como estas influenciaron en la comisión de la conducta punible, de manera que no surja antojadizo o infundados los beneficios reconocidos y no sea evidente la generosidad del fiscal en la recompensa dada ni se le atribuyan facultades extralegales en la inexistente potestad de la adecuación típica. Tal actuación garantiza el principio de legalidad y es límite al escrutinio de la judicatura porque aunque el procesado se allane a los cargos, no puede emitir sentencia de condena si no está probada plenamente la responsabilidad o se verifique la ausencia de causales excluyentes (artículo 32 del C.P.)

En estas palabras lo explicó el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU479-19:

Por esta razón, puede concluir la Sala que un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del C.P.), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la

cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005. Corte Constitucional (2019, 15 de octubre). Sentencia de Unificación 479/19 (Gloria Stella Ortiz Delgado M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>.

Igualmente, considero que el juez de conocimiento debe velar por aprestigiar la administración de justicia como uno de los fines de este instituto procesal y en esa medida, que los beneficios otorgados no sean desmedidos, como cuando en un concurso delictivo se privilegia una condena con el delito de menor pena y/o menor entidad, mientras que el otro(s) punible(s) más grave(s) queda(n) sin sanción, o como cuando con el prurito de presentar “*ajustes a la legalidad*” se arroja la real intención de otorgar doble beneficio a cambio del sometimiento a una sentencia anticipada.

El sistema acusatorio, como modelo adversarial y de partes, con todo y la entrega de la acción penal a la Fiscalía como extremo, no excluyó el principio de legalidad, imperativo que irradia las actuaciones de los servidores, ni siquiera en las negociaciones y acuerdos en donde la Fiscalía y defensa-procesado como partes del proceso son las que definen su rumbo de manera antelada y sin someterse a las etapas del procedimiento ordinario. De ahí que, como se sostiene en la sentencia SU-479 de 2019, no es posible confundir las actuaciones discrecionales de las autoridades públicas con la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, y que la Fiscalía tiene potestad discrecional pero sujeta a control judicial.

(...) la labor interpretativa que realice respecto de conceptos jurídicos de la normativa de preacuerdos que puedan parecer indeterminados, no puede ser arbitraria “sino que debe estar basada en la doble obligación de mostrarse razonable, así como compatible con la vigencia de los principios y valores constitucionales²”. Esa razonabilidad debe reflejarse en una lógica y racional congruencia entre los hechos imputados, la evidencia o elementos materiales que los pretenden demostrar, la descripción típica concreta y la relación de esta con la adecuación típica con la cual se consensua, o con el tipo atenuado que se propone (ira e intenso dolor, marginalidad social, etc). Esta sin duda es la forma más eficaz de que, al interior del proceso penal, se articulen la supremacía constitucional, la protección de los derechos fundamentales y los principios que gobiernan la justicia consensuada para de esa

² Corte Constitucional, Sentencia C-538 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

forma evitar la proscrita arbitrariedad de las autoridades³. Corte Constitucional (2019, 15 de octubre). Sentencia de Unificación 479/19 (Gloria Stella Ortiz Delgado M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>.

En suma, la legalidad de los preacuerdos exige del ente acusador una relación lógica entre la adecuación típica que postula y los hechos, esto es, una clara, completa y adecuada concreción de los hechos jurídicamente relevantes, labor que debe ser controlada por el juez, incluso requiriendo a la fiscalía para que readeque la tipificación preacordada de manera que el núcleo fáctico de la imputación permanezca invariable y tenga relación, vínculo o nexo con el delito enrostrado y las circunstancias específicas de menor y mayor punibilidad, eso sí, sin que sea preciso indicarle cuál es el tipo penal que en su sentir se patenta porque entonces estaría abrogándose funciones que no le corresponde, en otras palabras, extralimitando el ejercicio funcional constitucional y legalmente conferido al juez.

III. SOBRE LA POSIBILIDAD DE TOMAR COMO REFERENTE UNA NORMA PENAL MENOS GRAVOSA ÚNICAMENTE PARA EFECTOS DE CALCULAR LA PENA.

Fue la Corte Suprema de Justicia en la sentencia penal 3002-2020, con radicado 54.039 del 19 de agosto de 2020, que promovió esta particular interpretación para crear acuerdos entre las partes del proceso penal, al indicar que aunque no es dable incluir cambios en la calificación sin base fáctica y probatoria, así como una rebaja de pena desproporcionada, ello no obsta para

(...) tomar como referente una norma penal menos gravosa, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, sino para efectos de calcular la pena, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, como sucede en el caso de quien indiscutiblemente es autor pero, en virtud del acuerdo, se le impone la pena que le correspondería al cómplice (SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020). Corte Suprema de Justicia (2020, 19 de agosto). Sentencia Penal 3002/20 (Patricia Salazar Cuéllar M.P.) <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Y agrega que en tal caso no es necesario presentar evidencias de tal cambio en la calificación porque la misma sólo es para calcular la pena o conceder subrogados, con lo cual, la calificación jurídica permanece incólume solo que con una pena menor a la que tiene el delito imputado.

Frente a tal postura me surgen varias dudas y preocupaciones sobre temas que la Corte Constitucional de manera pacífica y reiterada ha edificado pero que parecen no ser interpretadas de la manera correcta, o por lo menos eso parece.

Es sabido que los preacuerdos pueden recaer sobre (i) asuntos como la tipificación, de manera que sea más benévola en la pena bajo la condición de que no se modifique la esencia de la conducta, (ii) la eliminación de agravantes específicas o el reconocimiento de circunstancias atenuantes específicas o genéricas que influyan en los límites punitivos, (iii) “Igualmente, se pueden acordar formas más benignas de intervención en la conducta punible, siempre y cuando no se varíe la denominación del delito en el que se participa.” Subrayado fuera del texto original. Corte Constitucional (2019, 15 de octubre). Sentencia de Unificación 479/19 (Gloria Stella Ortiz Delgado M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>. y (iv) la pena a imponer que trae el tipo penal achacado, así como los mecanismos sustitutivos.

Conforme se ha tratado de establecer a lo largo de este trabajo, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, es faro en la producción de todas las decisiones de la administración y más aún de la judicatura. De manera que, al ser principio del derecho, guía e informa todas las actuaciones e incluso la producción de normas jurídicas al constituir la base del ordenamiento al que se subordinan las leyes. Expresan un deber de conducta y por ello se les ha dado el cariz de enunciados deontológicos que en tal virtud nos sirven para interpretar pasajes oscuros o vacíos de la norma jurídica.

Siendo así, no es posible que el fiscal o el juez intervengan en la creación de tipos penales con la correspondiente sanción que la conducta reprochable conlleva, porque como es sabido, tal función corresponde al Congreso de la República. La Corte Constitucional, recordando sus pronunciamientos en las sentencias C-420 de 2002 y C-1260 de 2005, señaló que “(...) el legislador es el titular de la potestad de configuración normativa en materia de política criminal y, por ende, le corresponde realizar la tipificación de conductas punibles.” Corte Constitucional (2019, 15 de octubre). Sentencia de Unificación 479/19 (Gloria Stella Ortiz Delgado M.P.)

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>. Y refiriéndose al principio de legalidad sostuvo:

“Posteriormente, explicó que el principio de legalidad penal ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como *“una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué ‘motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas’”*⁴. Agregó que una de las dimensiones de este principio de legalidad penal es la reserva legal, conforme a la cual *“la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración”*. La reserva legal pretende que la imposición de penas obedezca a criterios generales establecidos democráticamente, y a criterios definidos por los jueces o el poder ejecutivo⁵. Corte Constitucional (2019, 15 de octubre). Sentencia de Unificación 479/19 (Gloria Stella Ortiz Delgado M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>.

A partir de estos conceptos, no concibo que para forzar la viabilidad de un preacuerdo se tenga que recurrir a esta clase de soluciones que propone la Corte Suprema de Justicia, en la que si bien la proposición jurídica permanece invariable, la consecuencia punitiva que se ofrece puede ser de otra categoría o incluso de otro tipo penal; eso significa hacer una mixtura de normas o crear una nueva, facultad que como se acabó de ver, está dada únicamente al Legislador, y no a los fiscales ni a los jueces.

Y es que no se puede admitir la configuración de un tipo penal que no tenga consecuencia repercusión o sanción, pues tanto el sujeto pasivo, el sujeto activo, el verbo rector, como los elementos descriptivos de la conducta, el aspecto subjetivo y la pena son elementos del tipo penal, de manera que cualquier cambio en la punibilidad, desconoce el principio de legalidad y de las penas.

Si en la verificación de correspondencia de la conducta descrita en la norma y la que el imputado ha desplegado, no surgen evidentes y probados dispositivos amplificadores del tipo como la tentativa y coparticipación, no tendría ningún sustento jurídico reconocer al procesado la rebaja de pena que ello conlleva, sólo para sacar adelante un preacuerdo, así no se varíe la imputación jurídica. Una licencia de esa estirpe conduciría al absurdo de pensar que a una conducta grave y con pena

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Ibid.

alta, se le pudiera otorgar la consecuencia de una conducta que no tenga ninguna relación jurídica (porque en tal caso no se está variando la imputación jurídica), con pena mucho menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Constitución Política de Colombia. Secretaria Senado.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional (2019, 15 de octubre). Sentencia de Unificación 479/19 (Gloria Stella Ortiz Delgado M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>.

Corte Constitucional (2005,5 de diciembre). Sentencia de Constitucionalidad 1260/2005 (Clara Inés Vargas Hernández M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1260-05.htm>

Corte Suprema de Justicia (2020, 19 de agosto). Sentencia Penal 3002/20 (Patricia Salazar Cuéllar M.P.)

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia, 2021, 10 de marzo/. Sentencia penal 741/21 (Diego Eugenio Corredor Beltrán M.P.) [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP741_2021\(54658\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP741_2021(54658).pdf).

JUAN LUIS GÓMEZ COLMENARES. El proceso penal constitucionalizado, cit., p.

Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Secretaria Senado.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html