

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000206 2020 00015
Procesado: Esteban Rodríguez Herrera
Delito: Homicidio agravado y tentativa de homicidio
Asunto: Apelación de Auto que aprueba acuerdo
Interlocutorio: No.005. Aprobado por acta No.011 de la fecha.
Decisión: Revoca e imprueba
Lectura: Lunes 8 de febrero de 2021, hora: 11:00 am

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Es competente esta Sala de Decisión Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- para resolver el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la víctima contra el auto mediante el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, aprobó el preacuerdo suscrito por la delegada de la Fiscalía General de la Nación y el señor **Esteban Rodríguez Herrera**, quien

viene siendo investigado por los delitos de homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado.

2. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos que motivaron la presente actuación ocurrieron el 1 de enero de 2020 en la residencia ubicada en la carrera 57A No. 56B-16, segundo piso del barrio Balcones de Sevilla de Itagüí, siendo aproximadamente las 9 de la mañana, cuando el señor **Esteban Rodríguez Herrera** le propinó varias heridas con arma cortopunzante, en varias partes del cuerpo, a los cónyuges Luis Alberto Díaz Mesa y Yasmín Verena Felt, quienes, al igual que el citado ciudadano, se encontraban en estado de alicoramiento y bajo el efecto de sustancias estupefacientes.

Como consecuencia de dicho ataque, el hombre falleció en el acto, mientras que la dama sufrió lesiones que le generaron incapacidad médico legal y secuelas consistentes en deformidad física permanente y perturbación del miembro superior derecho y de la aprehensión.

3. ANTECEDENTES DEL CASO

El 2 de enero de 2020, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, se declaró legal la captura en flagrancia del señor **Esteban Rodríguez Herrera**, la Fiscalía les formuló imputación por los delitos de homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado (artículos 103, 104 No. 7 y 27 del C.P), cargos que no fueron aceptados por el procesado y se solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio a lo que accedió el despacho.

El 28 de febrero de 2020 esta Sala de Decisión Penal decidió una acción de tutela interpuesta por la señora Yasmín Verena Felt, quien alegaba la vulneración a su derecho fundamental del debido proceso, pues en calidad de víctima no había sido citada a las audiencias preliminares. El Tribunal resolvió tutelar las garantías de la accionante y dispuso anular la celebración de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento celebrada en contra del señor **Esteban Rodríguez Herrera**, en consecuencia, ordenó al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, la realización de una nueva audiencia con tal finalidad, haciendo para el efecto, la debida citación de las víctimas dentro de la causa penal.

Fua así, como el 6 de marzo de 2020, la Juez Primera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, celebró audiencia de solicitud de medida de aseguramiento en contra del señor **Rodríguez Herrera**, decidiendo acceder a la petición de la Fiscalía, esto es imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio, en contra del imputado. Providencia que fue recurrida en apelación por el apoderado de la víctima y confirmada en segunda instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, el 5 de junio de 2020.

El escrito de acusación se presentó por la Fiscalía desde el 28 de febrero de 2020 y, por reparto, le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, quien celebró audiencia de acusación el 8 de junio de 2020, acto en el cual, al iniciarse la misma, la Fiscalía solicitó la variación del objeto de la audiencia, aduciendo que había arribado a un preacuerdo con el procesado, en los siguientes términos:

El señor **Esteban Rodríguez Herrera** acepta los cargos formulados en su contra por la Fiscalía General de la Nación desde la audiencia de formulación de imputación, esto es el delito de homicidio gravado y tentativa de

homicidio agravado y, a cambio de ello, el Ente Acusador le reconocerá que actuó motivado por un estado de ira (artículo 57 del C.P.), por lo que purgará una pena de 73 meses de prisión en su domicilio.

Tal solución negociada fue considerada legal por la funcionaria judicial, quien le impartió aprobación al acuerdo, pero la misma fue apelada por el apoderado judicial de las víctimas.

4. PROVIDENCIA RECURRIDA

Consideró el *a quo* que ha sido enfática la Corte Suprema de Justicia sobre la prohibición de hacer un control material a la negociación y por ello debe abstenerse de hacer la misma en este caso en concreto, pese a que advierte que la Fiscalía está imputando un delito que no tiene respaldo probatorio y una circunstancia de agravación que tampoco cuenta con la suficiente acreditación.

Siendo así, lo único que le correspondía verificar era la legalidad del preacuerdo y la voluntad del procesado en el mismo, considerando que la negociación presentada se encontraba dentro de los límites legales establecidos por el legislador, porque a cambio de la aceptación de cargos que hiciera el procesado, la Fiscalía le otorgó un único beneficio que fue el reconocimiento del estado de ira.

Adicional a ello, constató que dentro del legajo la Fiscalía presentó un mínimo probatorio que permitía deducir que el hecho del homicidio imputado sí existió y que **Esteban Ramírez Herrera** puede ser el responsable de la muerte de Luis Alberto Díaz Mesa y las lesiones padecidas por Yasmín Verena Felt; pero lo que consideró más importante fue que el procesado

tenía plena conciencia, voluntad y liberalidad sobre dicho acuerdo y fue enfático en manifestar que era su deseo renunciar a su presunción de inocencia y con ello a la celebración del juicio oral.

Precisó el *a quo* que atendiendo a que la negociación está ajustada a la legalidad, y que respeta las garantías del procesado y de las víctimas, al juez solo le quedaba la aprobación del mismo, como quiera que la jurisprudencia ha sido muy clara en señalar que no podrá el funcionario judicial hacer modificaciones o imponer su criterio de imputación jurídica sobre unos hechos, porque ello es resorte exclusivo de la Fiscalía y, en casos de justicia negocial, de las partes.

Finalizó indicando que la pena asignada al procesado no es un beneficio adicional que esté otorgando la Fiscalía, porque el legislador señaló que cuando el proceso termine por acuerdo no habrá lugar al sistema de cuartos y, tampoco tiene tal característica de dádiva la concesión de la prisión domiciliaria, porque, simplemente, ello es un derecho que tiene el condenado al evidenciar reunidos los requisitos legales para el efecto.

En consecuencia, lo procedente era aprobar el preacuerdo celebrado entre las partes.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como sustento de su inconformidad, el apoderado judicial de las víctimas manifestó que dentro del trámite de celebración del preacuerdo se vulneró el derecho de las víctimas a ser oídas, porque no se les tuvo en cuenta por la Fiscalía para la planeación de la negociación, como tampoco por la juez para decidir en torno a la aprobación o improbación del preacuerdo teniendo

como base el derecho que tienen los ofendidos con el delito a participar del acuerdo.

Adujo que no comprende el porqué la juez no se pronunció sobre lo que le pidió al momento en que se opuso a la negociación, esto es que tuviera en cuenta la gravedad de los hechos juzgados y el daño causado a las víctimas y por ende a sus derechos fundamentales y el aprestigiamiento de la administración de justicia.

Precisó que en este asunto no se ha cumplido con esa garantía de las víctimas a ser oídas al momento en que las partes se dispongan a la celebración de un preacuerdo con lo cual se desconoció abiertamente la doctrina constitucional plasmada en las sentencias C-516 de 2007, C-457 de 2006, C-1260 de 2005 y C-209 de 2007.

Adicionalmente el preacuerdo vulnera garantías fundamentales porque consagra una pena irrisoria, no hay prueba de que efectivamente el procesado hubiera actuado bajo una circunstancia de ira, se están juzgando hechos gravísimos, y, para su celebración, no se tuvieron en cuenta las circulares que al respecto ha emitido la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión de la primera instancia y se impruebe el acuerdo.

6. NO RECURRENTES:

6.1. FISCAL:

Solicita la confirmación de la decisión de primera instancia, como quiera que el argumento central del apoderado de víctimas para la apelación es la lesión de derechos y garantías fundamentales, pero de manera alguna explicó cómo ocurría esa lesión en este caso.

Considera que la Fiscalía no ha vulnerado derecho alguno a la víctima a quien no ha dejado por fuera en la celebración del acuerdo, pues días anteriores a la realización de la presente audiencia se comunicó con el representante judicial de las víctimas para informarle los términos en que se celebraría el acuerdo y aunado a ello, es claro que la intervención que ahora hace el profesional que representa los intereses de las personas afectadas con el delito, es muestra de la participación que se les ha dado.

Concluye, pues, indicando que en el acuerdo presentado para su aprobación respeto los parámetros legales y constitucionales y no existe ni dentro de la audiencia ni fuera de ella afectación alguna a los derechos de las víctimas.

6.2. MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Judicial depreca se mantenga la decisión adoptada por la primera instancia, consistente en impartirle aprobación al preacuerdo presentado por las partes, toda vez que el mismo se enmarca dentro de los parámetros de la legalidad y no desconoce derechos y garantías fundamentales de las víctimas, pues pese a la inconformidad del apoderado de estas, quien alega una vulneración por impedirle la participación en el acuerdo, es una cuestión que pierde su razón de ser, precisamente por la intervención muy activa que ha tenido dicho profesional en esta audiencia.

6.3. DEFENSOR:

Consideró el profesional del Derecho que la segunda instancia debe confirmar el proveído objeto de alzada porque ya se verificó que no hubo vicios en la voluntad del procesado y que la Fiscalía no concedió más beneficios de los que le eran permitidos, es decir que la negociación se ajustó a la legalidad.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el contenido del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de las víctimas, en contra del auto mediante el cual la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, aprobó el acuerdo celebrado por las partes.

Para resolver lo propuesto por el censor son dos los problemas jurídicos que debe resolver la Sala, los cuales consisten en determinar:

1. El rol de las víctimas en la celebración de los preacuerdos.
2. La legalidad del preacuerdo celebrado en este caso en particular entre la Fiscalía General de la Nación y la defensa, que conllevó a que el procesado aceptara responsabilidad y con base en ello se pactara una pena de 73 meses de prisión y la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria.

7.1. ¿Cuál es el rol de las víctimas en la celebración de los preacuerdos?

Resulta muy oportuno para resolver el caso en concreto reflexionar sobre el rol que tienen a las víctimas dentro de la justicia premial, especialmente en lo que tiene que ver con los preacuerdos y negociaciones que celebran la Fiscalía y la defensa, para lo cual se tendrá como punto de referencia los pronunciamientos de las Cortes de Cierre en lo penal y lo constitucional.

Al respecto, la Sala advierte que la situación de la víctima dentro del proceso penal colombiano ha sido objeto de múltiples discusiones jurisprudenciales y doctrinarias, pues en principio, año 2002, la Corte Constitucional le reconoció la calidad de parte procesal con todas las facultades que ello implica¹; pero luego, en las sentencias C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007 y C-250 de 2011, entre otras, ante la entrada en vigencia de nuestro nuevo código de procedimiento penal, se morigeraron tales facultades y se le consideró a la víctima como un interviniente especial con una participación más limitada.

Fue así, como concretamente en la sentencia C-516 de 2007 la Corte precisó que la víctima no tenía poder de vetar el preacuerdo, es decir no podía oponerse a la celebración del mismo; sin embargo, en la misma decisión indicó que tal interviniente tenía plenas garantías de participar de manera activa en la celebración de la negociación. Así lo considero esa Corporación:

Es imposible activar de manera adecuada la *solución del conflicto social* que genera el delito, y *propiciar una reparación integral* de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del *derecho de participación* en las decisiones que los

¹ Sentencia C-228 de 2002

afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.

Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado, debe *ser oída* (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°).

Es claro que ese derecho de la víctima a ser oída y participar activamente en la solución del conflicto no se cumple, en tratándose de la celebración de preacuerdos, con la sola información que se le suministre en relación a que se va a celebrar una negociación y la indicación de cuáles serán sus términos. No, esas garantías de la víctima se cumplen con una efectiva citación que haga la Fiscalía, en primer lugar, a los encuentros o conversaciones que habrá de tener con el procesado y su defensor, espacio en el que debe permitírsele que participe activamente de las negociaciones exponiendo su punto de vista, sus intereses y que los mismos, dentro de lo posible, sean considerados al momento de finiquitar el acuerdo. En segundo lugar, habrá de convocarse a la víctima a la audiencia donde se controlará judicialmente el preacuerdo, en donde debe otorgársele la oportunidad de que exponga sus puntos de vista y demás, para que, con base en ello, el juez decida sobre la aprobación de la negociación.

De esta manera, es cierto que la víctima no puede vetar el preacuerdo, pero lo que sí puede hacer es manifestar todas sus inquietudes y observaciones sobre la legalidad del mismo, tanto en la fase de negociación como en la audiencia del control de legalidad de la misma, por lo que resulta evidente

que se le debe garantizar su plena participación en cualquiera de ellas so pena de afectársele garantías fundamentales.

De lo anterior refulge claro que si la víctima puede poner de presente sus observaciones frente al preacuerdo en la audiencia donde se le hace control judicial al mismo, es lo cierto que, entonces, tiene derecho a interponer los recursos de ley frente a la decisión que resulte adversa a sus intereses para que sea el mismo funcionario judicial o su superior jerárquico que revisen nuevamente el asunto.

Estas precisiones guardan consonancia con la línea jurisprudencial que ha adoptado la Corte Suprema en relación con la intervención de la víctima en el proceso penal, quien varió su inicial postura² para considerar que el afectado con el delito sí está legitimado para cuestionar, vía recurso de apelación, el monto de la sanción penal a imponer, pues le asistía pleno interés de abogar por una pena mayor en pro de una sanción acorde con el daño causado³.

Luego, en decisiones posteriores autorizó a la víctima para que cuestionara no solo el *quantum* punitivo impuesto a su victimario sino la forma de la ejecución de la sanción. Así lo dijo:

“12. La jurisprudencia aludida permite advenir entonces que “el interés de la víctima ya no se encuentra circunscrito únicamente a conseguir la indemnización de perjuicios, pues también comprende el interés en lograr la justicia y la verdad. Lo primero, orientado a que la conducta delictiva no quede en la impunidad, se le imponga al responsable la condigna sanción y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento. Y lo segundo, para que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos”⁴, es decir, que la opinión de la víctima igualmente tiene injerencia en la concesión de mecanismos relacionados con la forma y términos de ejecución del respectivo castigo.

² Radicado 11203 de 2000 CSJ: hasta este momento indicaba que la víctima, aludiendo al derecho a la justicia, no podía cuestionar a través de los recursos, temas como dosificación punitiva o sustitutos penales, dado que el proceso penal no era propio de ser un escenario vindicativo

³ Sentencia SP 16558-2015 Radicación N° 44840 del 02 de diciembre de 2015, M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁴ Cfr. CSJ. SP. 27 abr. 2011, rad. 34547.

Esto último siempre y cuando, como lo tiene decantado esta Corporación, en el ejercicio de oposición por parte de la víctima al reconocimiento de los subrogados penales al procesado, demuestre aquélla la relación o nexo con sus derechos, esto es que “se le impone la obligación de acreditar el perjuicio concreto que tal determinación contrajo en el marco de sus derechos a la verdad y justicia”⁵.⁶

No existen pues, dudas sobre la legitimidad de la víctima para recurrir, por estar en desacuerdo con el monto punitivo o por evidenciar la vulneración de sus garantías fundamentales, la decisión que avala el pacto celebrado entre la Fiscalía y el procesado, pues, adicional a lo ya dicho, impedir la presentación del recurso frente a tal proveído, sería tanto como desconocer esa participación importante y constitucional que se le asignó con el Acto Legislativo 02 de 2003.

Pero, hay algo que resulta ser más relevante para soportar jurídicamente la posibilidad que debe tener la víctima de participar en los preacuerdos y por ende apelar cualquier decisión que se emita al respecto y ello es que, si se observa el contenido del artículo 348 Procesal Penal que consagra las finalidades de los preacuerdos y negociaciones, es fácil advertir que se trata de una norma que contiene principios, no simples recomendaciones a los operadores judicial y en ese sentido su contenido es claro en que el objetivo de los preacuerdos es humanizar la actuación procesal y la pena; luego, entonces, ¿cómo será posible humanizar la actuación procesal, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución del conflicto que generó el delito y propiciar la reparación integral del daño ocasionado, sino se tiene en cuenta a la parte ofendida con el delito?.

Una respuesta a dicho interrogante no podría tener un sentido diferente a que no hay posibilidad alguna de lograr la aplicación de los principios contenidos

⁵ Cfr. CSJ. SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. 44840, dentro de la cual se citan, en lo pertinente las decisiones AP. 11 nov. 2009, rad. 32564; SP. 6 dic. 2012, rad. 36771; y SP, 14 oct. 2015, rad. 42388.

⁶ Sentencia SP969-2018 con radicado N°46784

en ese canon 348 *ibidem*, si, no se permite una participación deliberante y activa a la víctima en la celebración del preacuerdo y se otorgan todas las facultades procesales en la audiencia de control judicial a efectos de materializar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Bajo estas consideraciones, no a otra conclusión puede arribar la Sala que la víctima, aunque no tiene derecho al veto del preacuerdo, sí posee plenas garantías de que sus solicitudes sean consideradas por la Fiscalía y por el juez de conocimiento y, por ende, que frente a cualquier decisión adoptada en torno a esta forma de terminación anticipada del proceso que pueda afectar sus derechos, quepan los recursos de reposición y apelación.

Sin más elucubraciones, cabe, entonces, concluir que para el caso presente la víctima tiene plena legitimidad para impugnar el auto por medio del cual se aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el bloque de la defensa.

7.2 Análisis de legalidad del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y la defensa.

En el presente evento la Fiscalía imputó al señor **Esteban Ramírez Herrera** un homicidio y una tentativa de homicidio, agravados ambos delitos, según la Fiscalía, por el aprovechamiento por parte del procesado de la situación de indefensión de las víctimas por estar alicoradas y bajo el estado de sustancias alucinógenas.

Se acordó por las partes que el señor **Esteban Rodríguez Herrera** acepta los cargos formulados en su contra por la Fiscalía General de la Nación desde la audiencia de formulación de imputación, esto es el delito de homicidio gravado y tentativa de homicidio agravado y, a cambio de ello, el ente

Acusador le reconocería que actuó motivado por un estado de ira (artículo 57 del C.P.) y en razón de tal circunstancia purgaría una pena de 73 meses de prisión en su domicilio.

Dicho acuerdo lo aprobó la juez, pero la víctima lo repudió manifestando que no era legal, que no aprestigaba la administración de justicia y que no se le había permitido una plena participación en relación con el pacto.

Sin adentrarse la Sala en la profunda polémica desatada por el cambio de jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, a raíz de las sentencias SU-479 del 15 de octubre d 2019 y 52227 del 24 de junio de 2020 -respectivamente-, se procederá a revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar improbar el preacuerdo, pues saltan simplemente de bulto tres errores de legalidad en su confección.

1. Violación al principio de legalidad. De los elementos allegados por la Fiscalía para soportar su pretensión, es fácil concluir que aquella faltó al deber de objetividad señalado en la Sentencia C-1260 de 2005, por cuanto no podía el delegado considerar que se configuraba la agravante del numeral 7 del artículo 104 del C.P. y menos aún podía entenderse que existieran medios probatorios para atribuirle a **Ramírez Herrera** el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, tal como bien lo entendió la juez *a quo*, aunque no haya actuado en consecuencia, por una mala interpretación que hizo de la jurisprudencia reinante para ese momento.

Lo anterior, porque respecto del agravante es en extremo deficitaria la evidencia, pues se allega precisamente una declaración de la única testigo presencial de los hechos, que da cuenta que todos (agresor, occiso y lesionada) estaban, desde varias horas atrás, consumiendo

licor y estupefacientes, es decir que la alteración anímica y corporal la tuvieron no solo las víctimas sino también el procesado, por lo que no puede predicarse, sin más elementos de juicio, un aprovechamiento doloso de esa tal situación por parte de este último.

En relación con el delito de tentativa de homicidio, es mucho más complicada la cuestión, porque hizo parte de los hechos jurídicamente relevantes de la Fiscalía, el considerar que a la señora Yasmín Verena Felt el imputado sí le ocasionó lesiones que le generaron incapacidad médico legal y secuelas consistentes en deformidad física permanente y perturbación del miembro superior derecho y de la aprehensión; sin embargo, todos los reconocimientos médicos aportados como soporte de dichas lesiones, dan cuenta que las mismas no pusieron en riesgo su vida y, por el contrario, fueron superficiales.

Visto esto, es claro que la Fiscalía no contaba con elementos materiales probatorios para soportar el delito de homicidio tentado, más allá de que la Sala también considera ausentes, según lo narrado como fundamento fáctico por la Fiscalía, los elementos que demuestren esa intención respecto del conato del homicidio por parte del procesado. De hecho, el ente Acusador ni siquiera hizo un debido encuadramiento de los hechos jurídicamente relevantes.

Es cierto que de acuerdo a la anterior línea jurisprudencial, el juez no podía hacer control material de las acusaciones, pero eso no significa que el fiscal pueda actuar a su libre arbitrio porque su actividad se rige estrictamente por el principio de legalidad y de objetividad que le obliga a hacer adecuaciones típicas estrictas de acuerdo a lo probado hasta ese momento, tal como de manera categórica lo estableció la

Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005, tan vigente en estos momentos.

2. Violación a los principios de proporcionalidad y progresividad. Si se tiene en cuenta que la máxima colaboración que puede prestar un procesado a la administración de justicia es el allanamiento a cargos en la audiencia de imputación -cuando no media captura en flagrancia-, pues se entiende que este acto es una aceptación de responsabilidad unilateral e incondicional en la primera audiencia del proceso penal, y que por la misma se obtiene como rebaja máxima el 50% de la pena del delito imputado, resulta totalmente desproporcionado que en este caso, en donde incluso se verificó la captura en flagrancia del procesado, la Fiscalía en una etapa posterior (audiencia de acusación) haya variado la calificación jurídica para conceder una rebaja de pena del 80% aproximadamente⁷.

3. Inadecuada participación de la víctima en el trámite del preacuerdo. Como ya se relató con suficiencia en la parte general de este proveído, no constituye garantía alguna del afectado con el delito, la simple información de los términos del acuerdo, sino que era en absoluto necesario que la Fiscalía la convocara a las reuniones que sostuvo con el procesado, pero, más importante aún, que la juez, se pronunciara de fondo en relación con sus solicitudes, pues era solo con esa intervención de la víctima que se cumplía los principios consagrados en el artículo 348 del CPP, concretamente **“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**

⁷ El procesado de acuerdo a la acusación, se enfrentaba a una pena superior a los 400 meses de prisión, obviamente intramural; pero con el preacuerdo se pactó una pena de 73 meses de prisión domiciliaria. Incluso si se adecuara la conducta a homicidio simple en concurso con lesiones personales, la rebaja sigue siendo totalmente desproporcionada pues supera con creces el 50%

ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso”, lo cual, en este caso, no ocurrió.

En consecuencia, por desatender los principios de legalidad, proporcionalidad y progresividad, y debido proceso la decisión proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, el 8 de junio del año en curso, debe ser revocada para en su lugar improbar el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal,**

8. RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** el auto interlocutorio de fecha, origen y contenido reseñados para en su lugar **IMPROBAR** el preacuerdo presentado por las partes, de conformidad a lo indicado en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Remítase de inmediato la presente decisión al juzgado de conocimiento para lo de su cargo.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050016000206 2020 00015
Procesado: Esteban Rodríguez Herrera
Delito: Homicidio agravado y tentativa de homicidio

ADICIÓN Y ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto por la decisión tomada por la Sala, considero que era necesario que esta se pronunciara de fondo respecto de los nuevos precedentes judiciales originados a partir de las sentencias SU-479 de 2019 y 52227 de 2020 proferidas por la Corte Constitucional y por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, para establecer una postura sobre los mismos, que sin desconocer la vinculatoriedad de la jurisprudencia de los altos Tribunal en cita, como Cortes de cierre, también se deje a salvaguarda la independencia judicial de los demás operadores jurídicos, sobre todo en un asunto que ha generado tanta polémica, como es el caso de los preacuerdos.

Estos son los argumentos que se plantearon en la ponencia original, en lo que incumbe:

¿Cuáles son las reglas que rigen actualmente para la celebración de los preacuerdos en el sistema jurídico colombiano?

Para abordar el asunto, lo primero que debe destacarse es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte Constitucional, con asidero en nuestra nueva normativa procesal penal, construyeron un fuerte precedente jurisprudencial en torno al diseño del nuevo esquema procesal, lo que tiene incidencia directa en los roles que las partes e intervinientes procesales tienen en el mismo y a su vez ha servido de parámetro para desarrollar las diversas instituciones de justicia premial, como es el caso de los preacuerdos, que es lo que hoy concita la atención de la Sala.

Ya desde el año 2005, la Corte Constitucional al sentar las bases del nuevo modelo procesal que se había implementado en Colombia a raíz del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, estableció que como el nuevo procedimiento tiene una marcada tendencia acusatoria, el mismo se caracteriza por una estricta distribución y división de roles entre la Fiscalía, la defensa y el juez, lo que da lugar ciertamente a un proceso adversarial en donde la primera tendrá de manera exclusiva la titularidad de la acción penal, es decir, *el poder requirente* o la facultad de acusar, la defensa por su parte tendrá todas las posibilidades fácticas y jurídicas de ejercer la oposición a la acusación por medio de su *facultad defensiva*, a la vez que el juez, ubicado en el centro de este cuadrilátero dialéctico ejercerá la *función jurisdiccional* de decidir el conflicto, acogiendo con absoluta objetividad e imparcialidad una de las pretensiones de los litigantes enfrentados en igualdad de condiciones⁸

En razón de esa diferenciación de roles, al fiscal se le había reconocido total autonomía para hacer la adecuación típica de la imputación y de la acusación y por esa misma vía la de los preacuerdos; sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-1260 de 2005, estableció una importante subregla al indicar que la Fiscalía en uso de esa

⁸ Corte Constitucional, sentencias C-591 y C-592 de 2005

función acusadora no podía crear tipos penales y por ende el juicio de imputación estaba sometido a los principios de objetividad y legalidad; es decir, que aquella, cuando se disponía realizar el ejercicio de subsunción normativa de los hechos delictivos, debía proceder de la manera más razonable y objetiva posible, es decir, solo imputar lo que se encontraba debidamente acreditado para ese momento.

De ahí, entonces, que esa total autonomía que tenía la Fiscalía para hacer la adecuación típica solo tenía como limitante el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por lo que el Ente de instrucción para el respectivo ejercicio de subsunción normativa no podía desconocer el núcleo esencial de los hechos.

No obstante lo anterior, respecto de esa función de la Fiscalía y la labor de control del juez al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia no ha sido consolidada y pacífica en tanto, a lo largo del sistema, ha dado espacio a tres posturas:

En un principio esa alta Corporación optó por indicar que el control que podía hacer el juez sobre la imputación, la acusación, preacuerdos y allanamientos, era netamente formal, pues consideraba inconveniente e ilegal que el juez pueda tener injerencia directa sobre la facultad requirente de la Fiscalía, señalando que permitir tal actuar del funcionario judicial sería tanto como atribuirle facultades de parte dentro del proceso y autorizar que este tomara partido sobre la teoría del caso del Órgano Persecutor. En consecuencia, para preservar esa separación de funciones y el principio acusatorio que permea el actual sistema penal, imposibilitó cualquier tipo de control material.

Fue así como la Corte Suprema señaló que cualquier intromisión del juez en tal atribución so pretexto de control material de la acusación, era un

desbordamiento inaceptable de sus funciones legales y constitucionales, lo cual incluso podía dar lugar a un amparo constitucional por una clara vía de hecho del funcionario judicial que así actúe.⁹

Bajo esta línea de pensamiento, se dispuso que el juez, sea de garantías o de conocimiento, le quedaba vedado ejercer control material sobre la imputación o la acusación de la Fiscalía, como de igual manera sobre los allanamientos a cargos o los preacuerdos, bajo el entendido, suficientemente elucidado, que la adecuación típica de los hechos como elemento de pretensión de la Fiscalía, es algo que le corresponde con exclusividad a este órgano de persecución penal, en tanto, que se trata de un acto de parte, y aquella, por mandato constitucional, es la titular del *ius puniendi* estatal.

Sin embargo, esa postura fue variada posteriormente por la misma Corte, quien indicó que debía propenderse porque el juez tuviera amplias facultades respecto de la labor de la Fiscalía y en ese sentido se autorizó un control material más o menos fuerte de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso¹⁰.

A través de esta línea de pensamiento señaló que la labor de la Fiscalía al interior del proceso penal, concretamente la formulación imputación, acusación o celebración de preacuerdos, debía estar efectivamente controlada por el juez en razón del principio de justicia material, proporcionalidad, legalidad y función jurisdiccional, lo que permitió un grado de intromisión profundo del funcionario judicial en la acusación y los acuerdos.

⁹ Al respecto, confrontar solo a manera de ejemplo decisiones radicadas: 29994 de julio 2008, 38256 de 21 de marzo de 2012, 37951 del 19 de junio de 2013, 41375 del 14 de agosto de 2013 y 39886 de 16 de octubre de 2013.

¹⁰ Radicados 27759 del 12 de septiembre de 2007 y 31280 del 8 de julio de 2009.

Esta posición fue morigerada, surgiendo una tercera línea, a través de providencias posteriores¹¹, en las cuales se indicó que ese control material operaba única y exclusivamente de manera excepcional, en tanto al funcionario judicial se le autorizaba hacer un auscultamiento más profundo de la imputación, acusación y preacuerdo, solo cuando evidenciara una violación flagrante de garantías fundamentales.

Esta línea fue la que se ha mantuvo vigente hasta hace poco y en síntesis traduce que, por regla general, el juez no puede hacerle control material a la adecuación típica propuesta por la Fiscalía, salvo que se trate de una verdadera **vía de hecho**, por lo cual, en tratándose específicamente de los preacuerdos, el juez solo es competente para verificar que el pacto fue producto de la voluntad libre, consciente e informada del procesado y que con el mismo no se afectaron garantías fundamentales.

Para delimitar cuando hay una vía de hecho, la Corte ha establecido varias subreglas, entre las cuales está la de que la Fiscalía para entrar en negociaciones con la defensa debe partir de una tipificación objetiva, real y circunstanciada de la conducta delictual que investiga, para luego si optar por cualquiera de las alternativas que permite el artículo 351 procesal.

Empero, es lo cierto que a partir de la sentencia de unificación SU-479 de 2019 y las sentencias 52227 y 50659 de 2020, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de justicia, cambiaron nuevamente el rumbo de sus precedentes frente a los preacuerdos, asumiendo ahora un control material fuerte y una visión totalmente nueva de la justicia premial, como se verá a continuación:

¹¹ Radicados 40871 del 16 de julio de 2014, 41570 del 20 de noviembre de 2013, 39892 del 6 de febrero de 2013, 42452 del 1 de octubre de 2014, 42184 del 15 de octubre de 2014, 43436 del 28 de octubre de 2015, 45594 del 5 de octubre del 2016, 52311 del 11 de diciembre de 2018, 51007 del 5 de junio de 2019 y las sentencias de tutela 69478 del 24 de septiembre de 2013 y 70392 del 13 de noviembre de 2013.

En la referida sentencia SU-479 de 2019, la Corte Constitucional replanteó toda la institución jurídica de los preacuerdos que hasta ese momento había sido delineada por la Corte Suprema de Justicia y estableció para las negociaciones de la Fiscalía un control material fuerte advirtiendo que toda las modificaciones que sobre los hechos y la calificación jurídica se hiciera por la Fiscalía en virtud de un preacuerdo, debían tener soporte probatorio, pues de no contar con dicho sustento, se vulneraba el debido proceso, los derechos de las víctimas, se desprestigiaba a la administración de justicia y no se optaba por una solución adecuada de los conflictos sociales.

Adicionalmente esa alta Corte, indicó que las circulares de la Fiscalía General de la Nación eran fuente normativa dentro del proceso penal y por ende debían ser acatadas por todas las partes e intervinientes procesales e, incluso, por el juez.

Esto se dijo en la referida sentencia SU-479 de 2019:

“Conclusiones y órdenes a proferir

...

- Los fiscales no cuentan con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible (Sentencias C-516 de 2007 y C-059 de 2010). La labor de los fiscales en el nuevo esquema procesal penal es de adecuación típica, por lo que, si bien tienen un cierto margen de apreciación para realizar una imputación menos gravosa con miras a llegar a un preacuerdo, no pueden seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberán obrar de acuerdo con los hechos del proceso (Sentencia C-1260 de 2005, Directiva 01 de 2006 FGN, Directiva 01 de 2018 FGN). En consecuencia, la facultad de celebrar preacuerdos se encuentra limitada por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso, límite que aplica para el reconocimiento de las causales de atenuación punitiva consagradas en el artículo 56 del Código Penal.
- En desarrollo del principio de legalidad del proceso penal, el artículo 56 del C.P. debe ser interpretado de forma exegética y a la luz de lo dispuesto en la Sentencia C-1260 de 2005 de esta Corporación, que hizo tránsito a cosa

juzgada constitucional. En esta virtud, puede concluirse que para el reconocimiento de las circunstancias de atenuación punitiva del artículo 56 del Código Penal en un preacuerdo a suscribirse por el fiscal, deben mediar elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir mínimamente no solo que el acusado o imputado se encontraba en una situación de *ignorancia, marginalidad, o pobreza extrema*, sino que lo anterior influyó directamente la perpetración del injusto penal.

Lo anterior, indica que (i) la tipificación preacordada no puede carecer de relación lógica con los fundamentos fácticos y jurídicos que fueron objeto de la imputación y, además, (ii) **el preacuerdo debe respaldar los hechos jurídicamente relevantes por los elementos de prueba y las evidencias que hasta el momento haya recaudado el fiscal delegado**, incluidas las referentes a las circunstancias de menor punibilidad que se reconozcan.

En efecto, 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.

- Los jueces penales son también jueces constitucionales, por lo que están llamados a proteger los derechos fundamentales y los principios constitucionales al solucionar las controversias que se les presenten. Por esta razón, su intervención al realizar el control de un preacuerdo celebrado por la fiscalía no se limita a la verificación de aspectos formales, sino que se extiende a la verificación de que el mismo cumple los fines que el legislador previó para el empleo de este mecanismo (artículo 348 del C.P.P.); respeta las garantías fundamentales (inciso 4 del artículo 351 y artículo 368 del C.P.P) y otros límites previstos por el legislador y, en general, garantiza los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal.
...”.

Fue a propósito de esa decisión, que la Corte Suprema profirió la providencia 52227 del 24 de junio de 2020, alineándose ahora con la nueva postura de la Corte Constitucional para establecer que la labor de la Fiscalía es reglada y tiene como limitantes el ordenamiento legal, el constitucional y el interno de la propia entidad y que si bien el control que tienen los jueces respecto de la imputación y la acusación es formal, no sucede lo mismo cuando los Fiscales hacen peticiones de preclusión o presentan preacuerdos, pues en estos casos el funcionario judicial sí tiene amplias facultades para constatar los

presupuestos fácticos y jurídicos, ya que esa resolución de la solicitud que hace el Fiscal es una expresión del ejercicio de la jurisdicción.

Es más, a pesar de que en la providencia en algunas partes se diga lo contrario, es lo cierto que la Sala de Casación Penal conviene con la Constitucional en los dos puntos axiales que sustentan la SU-479 en comento: uno, que los beneficios otorgados por la Fiscalía en un preacuerdo deben tener base probatoria y, dos, que las circulares del Fiscal General de la Nación son fuentes normativas vinculantes para todos los operadores jurídicos, entre los que se encuentran, por supuesto, los jueces.

Con este nuevo derrotero, explica cómo tradicionalmente se han venido desarrollando los preacuerdos en Colombia, para concluir que, en términos generales, han sido de tres clases, de los cuales realmente solo uno es admisible bajo la nueva hermenéutica adoptada para la justicia negocial:

1. Dados unos hechos reales que tienen sustento en la evidencia y los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación, se cambia la calificación jurídica para obtener beneficios punitivos y penitenciarios. Para la Corte, como esos beneficios otorgados por la Fiscalía no tienen ningún sustento probatorio resulta inadmisibles el preacuerdo. Es decir, que para la Sala de Casación Penal, al igual que para la Corte Constitucional, solo son admisibles cambios en la calificación jurídica que tengan por lo menos un mínimo probatorio que los sustente.
2. Respetando los hechos y la adecuación típica original, para hacer prevalecer el principio de legalidad, se puede preacordar una pena más benéfica de un tipo penal diferente, sin que ello comprometa el análisis de la ejecución de la sanción porque esta se hará de acuerdo al

delito real. Según la Corte, esto es admisible hacerlo, pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado par el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros copartícipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición¹².

3. Es posible la modificación fáctica de la imputación o acusación a raíz de nuevos elementos probatorios que recopile la Fiscalía en razón del plan metodológico o por la confrontación con la teoría del caso de la defensa. Empero, en este caso, la Fiscalía deberá dejar claro al juez si la modificación de los cargos que permitieron que la pena sea más benigna es por lo anterior o debido a un preacuerdo entre las partes.

Como claramente se puede observar, de acuerdo al nuevo precedente jurisprudencial, realmente la única opción admisible de justicia premial es la segunda hipótesis en tanto la primera la prohíbe la Corte de manera tajante y la tercera realmente es un desarrollo del principio de legalidad y no una manifestación de justicia negociada.

Como gran conclusión de todo esto, se puede decir que la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y de la Corte Constitucional va dirigida ahora a la prohibición de beneficios en los preacuerdos que no tenga base fáctica. La única excepción que plantea la primera Corporación en comentario es lo relativo a la ficción de condenar por el delito original, pero con

¹² Página 58, radicado 52227 del 24 de junio de 2020 CSJ

una pena menor establecida en otro tipo, consensuada a través del preacuerdo.

Frente a este panorama, lo primero que se debe decir es que por regla general los precedentes de las Cortes de Cierre son de obligatorio cumplimiento para todos los demás operadores jurídicos y comunidad en general a efectos de preservar principios muy caros a los Estados Constitucionales de Derechos como son la igualdad y la seguridad jurídica, -- según decantada jurisprudencia constitucional, que por cierto se trae a colación en la misma SU-479 de 2019--; sin embargo, esa misma doctrina explica que para preservar, de igual manera, la autonomía e independencia de los jueces, que es otro principio y valor constitucional previsto en el artículo 230 Superior, es posible que esos mismos operadores jurídicos se puedan apartar del precedente a condición, entre otras hipótesis, de que se expliciten los argumentos del mismo y se den solidas razones para no compartarlos¹³. En este sentido la carga argumentativa de quien decide apartarse del precedente es muy grande y por obvias razones en este caso no se incluyen las sentencias de constitucionalidad.

Entonces, teniendo claro que las decisiones de las altas Cortes constituyen precedente judicial que debe ser acatado por los jueces de inferior jerarquía, pero que, excepcionalmente puede haber un apartamiento justificado de las mismas, el suscrito en este caso, optará por hacer una explicación detalla de las razones que lo llevan a desatender lo planteado en la última doctrina expuesta por la Corte Constitucional (SU-479 /19) y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (52227 de 2020), en relación con la institución de los preacuerdos.

¹³ Corte Constitucional, rads. C-836-2001, SU-479 de 2019, entre otras muchas más.

Lo primero que deberá advertirse es que se comparte la preocupación esbozada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez en su salvamento de voto, en el sentido de que la discusión aquí planteada, esto es las reglas que definen la validez de los preacuerdos, es de índole legal que no constitucional; por lo tanto, la misma escapaba a la órbita del juez de tutela, siendo la competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el Magistrado Guerrero consideró que era la Sala de Casación penal, como Tribunal de cierre de la justicia penal ordinaria, a quien le competía determinar los parámetros que debe respetar la Fiscalía en la celebración de los preacuerdos y la clase de control que cumple el juez en estos casos, máxime que frente a ese tópico dicha Corporación a lo largo del tiempo había construido 3 posturas -todas debidamente argumentadas, pero contrastadas-, sobre las cuales no podía tomar partido la Corte Constitucional, pues ello implicaría una clara invasión de competencias.

Dejado de lado lo anterior, y ya respecto al asunto de fondo, la Corte Constitucional plantea que para conceder un beneficio en virtud de un preacuerdo, este tiene que tener soporte probatorio, lo cual, en sentir del suscrito -que acoge la anterior postura de la Sala de Casación Penal-, desestructura todo el sistema de justicia premial, pues un beneficio que se conceda porque está demostrado en el proceso, sin más, no es una manifestación de justicia premial o negociada, sino una clara aplicación del principio de legalidad, como quedó perfectamente claro en la sentencia C-1260 de 2005, en donde la Corte estableció que ciertamente la Fiscalía no puede inventarse delitos, pues debía hacer una adecuación típica de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes emergidos de la investigación; pero jamás dijo, y no lo podía decir porque la ley establece otra cosa, que los beneficios deban tener soporte probatorio.

En efecto, los preacuerdos y negociaciones es una institución procesal que busca procesos céleres para privilegiar la eficacia y celeridad de la Administración de Justicia, para lo cual se ofrece algún beneficio punitivo al procesado a cambio de que este acepte de manera anticipada su responsabilidad.

Como se puede observar, es claro que el legislador a través de esta figura de negociación, flexibiliza el principio de legalidad y obviamente permite crear algunas ficciones jurídicas, eso sí con ciertas limitaciones, a efectos de que sea atractivo para el imputado someterse a un proceso abreviado en donde, ni más ni menos, renuncia a su presunción de inocencia y sin fórmula de juicio acepta su culpabilidad a cambio de que la Fiscalía obviamente le de un beneficio verdadero, traducido realmente en una dádiva punitiva en punto a la cantidad o la calidad.

Precisamente de eso se trata la justicia premial: que las dos partes cedan o entreguen algo, a cambio también de algo, por eso se habla de que en este modelo de justicia el principio de legalidad se flexibiliza con ciertos y precisos límites a efectos de evitarse el desgaste de un juicio y la incertidumbre del resultado. Se trata de una negociación en donde hay contraprestaciones mutuas. Si se acoge la teoría de las dos Cortes, la justicia premial, como ya se advirtió, desaparecería del mundo jurídico, por lo menos en lo que tiene que ver con los preacuerdos, porque resulta un sinsentido pretender que el procesado renuncie a defenderse a cambio del otorgamiento de una cuestión favorable a él, que por tener fundamento probatorio, no puede desde ningún ángulo considerarse un beneficio sino un derecho.

Solo para volver gráfico el análisis, piénsese en el caso de dos habitantes de calle, drogodependientes, en donde uno de ellos da muerte al otro en razón de la disputa de un cigarrillo de marihuana. Si el fiscal en la audiencia de

imputación y bajo la consideración de estos hechos jurídicamente relevantes imputa a secas un homicidio simple, la defensa tiene todo el derecho de exigirle a dicho funcionario que, con base en los principios de objetividad y de legalidad y de acuerdo a la sentencia C-1260 de 2005, impute la circunstancia de marginalidad social del artículo 56 y el fiscal no podría oponerse a ello, y menos el juez de control de garantías avalar tal posición, aduciendo que esa circunstancia diminuyente de punibilidad por culpabilidad reducida la va a tener en cuenta para futuras negociaciones.

No, el fiscal está en la obligación de imputar razonablemente de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes que emerjan de la investigación sin inflar ni desinflar los cargos y solo a partir de ahí es que vienen las negociaciones con el procesado para ofrecerle algún beneficio que evidentemente, según se señaló, no pueden existir en el mundo ontológico, a efectos de persuadirlo de aceptar anticipadamente su responsabilidad. Ya será aquel con su defensor quienes analizaran la situación y tomarán la decisión que más les convenga; pero es lo cierto que la Fiscalía tiene que ofrecer algo a lo que hasta ese momento no tiene derecho el imputado para que la negociación tenga sentido.

Punto álgido de esta exigencia probatoria que hace la Corte Constitucional para conceder beneficios a través de preacuerdos, lo es también, aparte de la abolición de tajo de la justicia negocial, el desconocimiento abierto a la reglamentación legal que tienen desde el año 2004, la institución de los preacuerdos, la cual fue consagrada en los artículos 348 y siguientes, que permite a la Fiscalía y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación y "... adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva,

o algún cargo específico. 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”¹⁴.

Nótese, pues, que la Corte en esa sentencia de unificación, crea requisitos legales no previstos por el legislador, en tanto en esa norma, ni en ninguna otra, se habla de que para conceder beneficios deba tenerse referente probatorio, porque eso, aparte de todo lo dicho, es un contrasentido lógico, en tanto, un beneficio no puede ser algo a lo que se tenga derecho, sino que es una dádiva que vuelve atractiva la transacción procesal de la cual también va a salir beneficiado el Estado.

Para finalizar con el análisis de la nueva doctrina de la Corte Constitucional, se ha de decir que el suscrito también discrepa de lo planteado por dicho Tribunal en el sentido de que las directivas o circulares expedidas por el Fiscal General de la Nación son fuentes normativas de obligatorio cumplimiento para todas las partes en el proceso penal, incluidos los jueces de la República, pues aunque ciertamente tales actos sí tienen carácter vinculante, sus efectos son internos, es decir no abarcan sino a los funcionarios y al personal que están vinculados a dicha entidad y solo de una manera general y no particular frente a los casos en concreto, según los claros lineamientos establecidos en la sentencia C-1260 de 2005.

De hecho, nótese que la misma Fiscalía General de la Nación en la Directiva No. 0001 del 3 de diciembre de 2015 “Por medio de la cual se explica la naturaleza, se establecen los alcances se fijan límites sobre el contenido de las directivas”¹⁵, estableció que los destinatarios de la misma únicamente son los fiscales y los funcionarios de Policía Judicial:

¹⁴ Artículo 350 del CPP

¹⁵ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/normatividad/>

“I. CONTENIDO Y DECISIONES

A. Contenido

La presente directiva explica la naturaleza legal y constitucional, determina los alcances y fija los límites del contenido de las directivas con el fin de establecer, un marco para su expedición. También establece que estas son manifestación, del ejercicio de la función jurisdiccional del Fiscal General de la Nación, por, cuanto están encaminadas a orientar de forma igualitaria el uso de la acción' penal por parte de los fiscales. De manera adicional, describe cómo este poder de dirección y control se armoniza con la autonomía de los fiscales y el mecanismo por medio del cual un fiscal se puede apartar del contenido de las directivas.

...

V. CONCLUSIONES

...

3. Las directivas están dirigidas a los funcionarios y empleados de la institución, y a aquellas autoridades públicas facultadas por el Fiscal para desarrollar funciones de Policía Judicial.

...

7. Las directivas son instrumentos de carácter general y abstracto que están dirigidas a los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, así como a aquellas autoridades públicas investidas con funciones de policía: judicial. Estas son el desarrollo de mandatos legales que tienen profunda relación con la acción penal confiada constitucionalmente a la Entidad. ...”

En Derecho Administrativo las circulares son concebidas como actos de dirección, mediante el cual el director o superior de una entidad, imparte órdenes a sus inferiores y son conocidas como directivas internas debido al hecho de que su objeto es producir efectos dentro de la institución.

Así, pues, es claro que si, por ejemplo, el Fiscal General de la Nación expide una circular indicando que a los Fiscales les queda prohibido reconocer la circunstancia de marginalidad en preacuerdos donde se esté aceptando responsabilidad por ciertos delitos y el funcionario de la Fiscalía desatiende esa instrucción, ello solo producirá efectos disciplinarios o administrativos para él, pero no tendrá ningún efecto adverso frente al preacuerdo, siempre y cuando el mismo reúna los requisitos establecidos por la ley. En consecuencia, lo que se impondrá es que el juez emita la correspondiente

aprobación de la negociación, porque esa circular jamás podrá ser fuente normativa de los preacuerdos.

Lo anterior da cuenta que los únicos destinatarios de las circulares o directivas emitidas por el Fiscal General de la Nación son los servidores públicos de dicha entidad, ya que resulta insólito pensar que directrices impartidas por una parte procesal puedan afectar las decisiones de los jueces de la República que están investidos, por mandato constitucional de autonomía e independencia¹⁶.

Este era el modo de pensar de la Corte Suprema de Justicia hace unos pocos años:

Ahora, no ignora la Sala que el artículo 348 de la ley 906 de 2004, al momento de detallar las finalidades del sistema premial examinado, en su inciso segundo advierte: *“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”*.

Sin embargo, el análisis de su contenido permite verificar que no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de *desiderátum* dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados.

Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.¹⁷

Por último, no deja de ser preocupante que la Corte Constitucional a través de esta sentencia de unificación de tutelas le otorgue semejante poder reglamentario de la ley al Fiscal General de la Nación, lo cual no tiene ningún fundamento legal y menos constitucional.

¹⁶ Art. 230 constitucional

¹⁷ C.S.J. Radicado 42.184 del 15 octubre de 2014

Para finalizar se dirá que la sentencia SU-479 de 2019 no es una decisión de constitucionalidad, que esa sí generaría obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, sino que es una de unificación de tutelas, que si bien tiene un gran valor jurisprudencial, no la hace vinculante de manera absoluta, porque para las sentencias de tutela, incluidas las SU, rige el mismo criterio que para todas las emitidas por las cortes de cierre ordinarias; es decir, que es posible desatender tales jurisprudencias siempre que el juez de inferior jerarquía tenga argumentos válidos y sólidos de disenso respecto de la posición asumida y que los mismos sean lealmente explicitados, como se ha hecho en precedencia.

Por lo anterior, este magistrado de manera muy respetuosa se aparta de la doctrina constitucional establecida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019, porque aunque se entiende la gran preocupación del Alto Tribunal por los exagerados beneficios que en la actualidad están concediendo algunos fiscales en razón de los preacuerdos celebrados con la defensa, que ciertamente afectan la correcta Administración de Justicia; la manera como se aborda el asunto es muy problemática, en primer lugar, porque hay serios reparos sobre la competencia constitucional para ello; en segundo lugar, porque asumir la doctrina establecida en esta jurisprudencia acabaría con el sistema de justicia negocial y, en tercer lugar, porque se le da un estatus jurídico que no tienen a las circulares del Fiscal General de la Nación y se le atribuye a este un poder reglamentario de la ley sobre el cual no está habilitado, tal como se explicó con anterioridad.

Similares consideraciones tiene el suscrito respecto a las decisiones adoptadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los radicados No. 52227 del 24 de junio de 2020 y 50659 del 8 de julio de 2020, emitidas en relación con la validez de los preacuerdos, en tanto dicha

Corporación adhiere a la posición asumida por la Corte Constitucional que se acaba de analizar.

No obstante, como la Sala de Casación Penal va mucho más allá que la Corte Constitucional y su nueva jurisprudencia tiene algunas variantes, los argumentos adicionales que tiene este magistrado para, respetuosamente, apartarse también de tal precedente se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

Como ya se pudo analizar, la Corte explica que en la práctica judicial se vienen dando 3 modalidades de preacuerdos¹⁸, dos de los cuales (el primero y el tercero) los limita a que el beneficio otorgado tenga base probatoria y solo uno de ellos, el segundo, sin ese requisito.

Pues bien, frente a la primera y tercera hipótesis, considera la Sala que ha desarrollado un argumento razonable para apartarse de dicha doctrina tal como se explicó con suficiencia al momento de estudiar la sentencia SU -479 de 2019, por lo que en este momento el análisis que queda pendiente es el

18

1. Dados unos hechos reales que tienen sustento en la evidencia y los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación, se cambia la calificación jurídica para obtener beneficios punitivos y penitenciarios. Para la Corte, como esos beneficios otorgados por la Fiscalía no tienen ningún sustento probatorio resulta inadmisibles el preacuerdo. Es decir, que para la Sala de Casación Penal, al igual que para la Corte Constitucional, solo son admisibles cambios en la calificación jurídica que tengan por lo menos un mínimo probatorio que los sustente.
2. Respetando los hechos y la adecuación típica original, para hacer prevalecer el principio de legalidad, se puede preacordar una pena más benéfica de un tipo penal diferente, sin que ello comprometa el análisis de la ejecución de la sanción porque esta se hará de acuerdo al delito real. Según la Corte, esto es admisible hacerlo, pero tiene varios límites y criterios de validación, entre ellos i) La fase procesal en la que se da el preacuerdo, ii) El daño infligido a las víctimas, iii) Las reales reparaciones que el procesado otorgue a las víctimas, iv) La colaboración que preste el procesado para el esclarecimiento de los hechos, v) la información que suministre el procesado para el juzgamiento de los otros copartícipes y vi) El verdadero arrepentimiento que demuestre el procesado sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición¹⁸.
3. Es posible la modificación fáctica de la imputación o acusación a raíz de nuevos elementos probatorios que recopile la Fiscalía en razón del plan metodológico o por la confrontación con la teoría del caso de la defensa. Empero, en este caso, la Fiscalía deberá dejar claro al juez si la modificación de los cargos que permitieron que la pena sea más benigna es por lo anterior o debido a un preacuerdo entre las partes.

de la segunda planteada por la Corte y que tiene que ver con la cuestión de que respetando los hechos y la calificación jurídica original, se podría, vía preacuerdo, convenir en la pena de un delito menor o reconocer una diminuyente punitiva sin sustento probatorio, pero, eso sí, bajo ciertos condicionamientos dados por esa misma Corporación. En otras palabras, es admisible para la Corte condenar a una persona por un delito, pero aplicarle la pena de un delito menor o la correspondiente con una atenuante, para con ello respetar los principios de congruencia y legalidad, los derechos de las víctimas, a la vez que quedarían a salvo un análisis justo sobre la forma de ejecución de la pena (subrogados y beneficios), pues aquel estaría anclado al delito original y no al preacordado.

Si partimos de que basamentos de un modelo de justicia con tendencia acusatoria son: *i)* el principio de legalidad de los delitos y de las penas, *ii)* la independencia de roles entre el acusador, el defensor y el juez; *iii)* que no puede haber proceso, juez ni sentencia sino hay acusación previa (*nemo iudex sine actore*); *iv)* que la acusación es el marco fáctico-jurídico del juicio y, por supuesto, de la sentencia (principio de congruencia) y que *v)* el preacuerdo hace las veces de acusación, la propuesta de la Sala de Casación Penal resulta abiertamente problemática por varias razones:

En efecto, de tiempo atrás se ha proscrito tanto por la Sala de Casación Penal como por la Corte Constitucional la posibilidad de crear tipos penales; pero lo que plantea la primera es precisamente eso: inventar normas en donde se toma la premisa normativa de un delito y se le aplica la consecuencia de otro, una especie de *lex tertia*, que atenta de manera grave contra el principio de legalidad, pues invadiendo las competencias del legislador, so pretexto de un preacuerdo, en verdad se crean nuevas categorías de delitos, lo cual resulta inadmisibles en un modelo político democrático como el colombiano.

Eso de condenar por un delito, pero aplicarle la pena de otro que fue preacordado, no solo desconoce abiertamente las facultades de negociación autorizada por la ley a las partes y su voluntad, sino que socava las bases mismas del principio de congruencia porque la sentencia desconocerá los reales términos del acuerdo, que hace las veces de acusación. Hablar de que una cosa es el delito cometido y otra el negociado crea una esquizofrenia jurídica pues en la realidad en un mismo proceso se estaría frente a dos acusaciones lo cual resulta inadmisibile en un modelo de justicia con tendencia acusatoria como el adoptado por Colombia.

En pocas palabras: el preacuerdo, como acusación que es, es el derrotero fáctico-jurídico del proceso, y si aquel fue aprobado por el juez, se debe respetar de manera íntegra todos sus términos al momento de proferir la sentencia para preservar el principio de congruencia y todas las demás garantías y principios que de ahí dimanar, tal como se acaba de analizar.

Esta regla tuvo aceptación por mucho tiempo en la Sala de Casación penal, que sin ambages sostenía: “los términos del preacuerdo no solo son derroteros para la imposición de la pena, sino también para todas las consecuencias que de ahí se deriven, por ejemplo, la forma de ejecución de la pena.”¹⁹, con base en el artículo 352 inciso cuarto que establece de manera categórica: “Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”

Por último, los nuevos requisitos que exige ahora la Corte para la aprobación de los preacuerdos como, por ejemplo, la colaboración que preste el procesado a efectos del esclarecimiento de los hechos, la información que aquél suministre para el juzgamiento de los otros copartícipes, el verdadero arrepentimiento que demuestre sobre su conducta antisocial y su voluntad sincera de no repetición, son abiertamente problemáticos, en primer lugar,

¹⁹ Rads. 46.684, 46.101, 43.356, 45736 todas del año 2016 y 44906 de 2014

porque no los tiene consagrados la ley; en segundo lugar, porque son fruto de una mala analogía con el principio de oportunidad ya que estas son dos figuras procesales diferentes y, en tercer lugar, porque en todo caso sería una analogía *in malam partem*, proscrita en materia penal.

Refulge nítido que tales exigencias nuevas a los preacuerdos generan situaciones absolutamente gravosas para el procesado y eso sí que riñe con el ordenamiento constitucional. Adicionalmente, algunos de tales requisitos son abstractos, vagos ambiguos y dan lugar a subjetividades que golpean el debido proceso y la seguridad jurídica, porque es sumamente complejo que un fiscal o un juez puedan calificar, por ejemplo, cuándo se presenta una verdadera actitud de arrepentimiento, en qué consiste, cómo se consolida, etc., ya que esto es una concepción personal de la que difícilmente puede tenerse certeza.

Por todas las anteriores razones, este magistrado considera que debe apartarse en gran parte de la última posición de la Sala de Casación penal; sin embargo, es importante relieves que esta Corporación, haciendo eco de su precedente, en la sentencia en comento reitera la importancia de diferenciar el control judicial de la imputación o acusación en un proceso ordinario y el control judicial a los preacuerdos o allanamientos.

La anterior precisión que hace el Alto Tribunal es absolutamente valiosa porque la imputación y acusación dentro del trámite ordinario son, sin lugar a dudas, actos de parte en los cuales el juez solo puede hacer un control formal --salvo violación flagrante del debido proceso o de las garantías procesales de las partes--, so pena de perder su imparcialidad. Empero, ello es diferente cuando se trata de un proceso sometido a justicia premial, porque acá el juez no puede ser un simple fedatario o notario de la actividad de las partes, como quiera que al ser tal acto (preacuerdo o allanamiento)

uno que define el caso, el control que hace el juez es parte de su actividad jurisdiccional y, por tanto, el control debe ser material.

Este criterio es acogido por el suscrito, pero dentro de una hermenéutica que difiere de la sentada por las Cortes de cierre en sus últimos fallos sobre los preacuerdos, tal como se verá a continuación.

Es totalmente legítima la preocupación de las altas Cortes por lo que ha venido pasando con los preacuerdos, en donde la Fiscalía en muchos casos ha ofrecido beneficios desproporcionados a los procesados, lo que ha originado verdaderas situaciones de práctica impunidad que no solo desprestigian a la Administración de Justicia sino que han atentado contra los derechos de las víctimas y de la sociedad toda; sin embargo, respetuosamente se considera que la solución no puede estar en pedir prueba de los beneficios porque ello evidentemente desarticula la justicia negocial, sino en hacer una reinterpretación de las normas que regulan los allanamientos y preacuerdos en clave sistemática, teleológica, principialística y constitucional para lograr que este modelo de justicia se mantenga; pero con unos límites reales y concretos que impidan su desbordamiento.

A criterio de este magistrado, los preacuerdos deberán continuar ciñéndose a las pautas establecidas en los artículos 348 y siguientes del C.P.P. y por ende, para la legalidad y consecuente aceptación de los mismos por parte del juez, se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Lo primero a considerar será que el Fiscal está en la obligación, con base en el contenido ineludible de la Sentencia C-1260 de 2005, a que la tipificación que haga de los hechos, tanto en la imputación como en la acusación, sea objetiva, es decir que se ajuste esencialmente al **principio de legalidad**.

Es decir, solo podrá la Fiscalía atribuir a cada ciudadano el o los delitos que estén acreditados en el acontecer fáctico, sin que ello impida que en un futuro inmediato, en caso de que surjan nuevos medios de conocimiento, pueda agravar o mejorar esa imputación jurídica.

2. No se puede exigir base evidenciaría para sustentar el beneficio a conceder al procesado; pero ello de ninguna manera faculta de manera ilimitada en ese sentido a la Fiscalía, pues si se analiza con detenimiento las normas que rigen a la justicia negociada, es claro que el Ente Persecutor puede eliminar una agravante sin ningún inconveniente, a tal que eso sea el único beneficio; pero es claro que cuando la norma habla de “la eliminación de un cargo específico” o que se “tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”, la cuestión no es tan simple como aparentemente parece, porque tal concesión debe: primero, respetar los derechos a la verdad y la justicia de la víctima y en general de toda la sociedad, segundo, no desprestigiar la Administración de Justicia y, tercero, solucionar de manera adecuada el conflicto, con lo cual el beneficio tiene que tener **coherencia lógica** con la estructura del núcleo esencial de los hechos jurídicamente relevantes que sustentan la imputación o la acusación, para no pervertir o desnaturalizar el caso.

En ese sentido, un delito de homicidio o incluso una tentativa de homicidio jamás se podrá convertir en lesiones personales, frente a un delito de peculado de un alcalde no se podrá conceder una diminuyente por marginalidad social; en un delito de corrupción al elector no se podrá conceder un exceso de un estado de necesidad, en un delito de hurto no se podrá conceder un estado de ira e

intenso dolor; un delito consumado jamás se podrá convertir en tentado, un autor no puede, sin más, pasarse a considerar como cómplice, solo por poner unos pocos ejemplos, porque en estos casos los beneficios riñen abiertamente con la **naturaleza lógica** de los hechos delictivos que se enrostran.

3. Para la concesión de las rebajas ofrecidas en virtud del preacuerdo, opera el principio de progresividad (entre más temprana la colaboración de parte del procesado, mayor será el beneficio que se pueda obtener) que se tiene también para los allanamientos, lo cual está íntimamente relacionado con el momento procesal en el que se somete a control judicial la negociación.

Así, el hecho de que el legislador en el artículo 350 del CPP establezca que desde la formulación de la acusación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía puede llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación, describe nítidamente un interregno infranqueable en donde las negociaciones tienen un amplio campo de acción para eliminar un agravante o tipificar la conducta de una manera más benigna al procesado.

Ahora bien, frente al límite máximo puede haber cierta ambigüedad porque en el artículo 352 se habla de “presentada la acusación”, con lo cual no es claro si ese límite está fijado en la simple presentación del escrito ante el juzgado respectivo o realmente es cuando se verbaliza la misma en la audiencia respectiva. El criterio de este magistrado es que, atendiendo a naturaleza eminentemente oral de nuestro proceso y que la acusación es un acto complejo compuesto por el el escrito y su verbalización en

audiencia, la interpretación más garantista sería la segunda, esto es que el plazo final es hasta antes de formularse la acusación en la respectiva audiencia.

Después de formulada oralmente la acusación en el respectivo acto procesal, deberá atenderse el contenido del artículo 352 *ibidem*, que establece: “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.”

Así las cosas, los preacuerdos después de formulada la acusación tienen una seria limitante, pues se podrá pactar la eliminación de un agravante o una tipificación más benigna; pero el beneficio punitivo ya solo puede ser de una tercera parte.

Por último, después de que el procesado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre el deseo que tenga de renunciar a su presunción de inocencia, ya no procederá ninguna rebaja. Todo en virtud del **principio de progresividad**.

4. A pesar de que los preacuerdos y allanamientos son instituciones diferentes, lo cierto es que ambas figuras pertenecen al sistema de justicia premial consagrado en nuestro proceso penal; por lo tanto, las mismas deben ser concatenadas, y tener una interpretación sistemática y armónica entre ellas, que les permita complementarse y no contradecirse y menos prestarse para actuaciones poco leales de las partes.

Así, entonces, en razón de los **principios de proporcionalidad y de progresividad** y teniendo en cuenta que la más efectiva muestra de contribución con la justicia, en esta materia, lo es el allanamiento a cargos, por ser una aceptación unilateral e incondicional de responsabilidad, lo lógico es que la rebaja que se establece para estos eventos, dependiendo del estadio procesal en que se presenta, sea comparable y proporcional a la rebaja que pueda otorgarse en los preacuerdos.

Muestra de que lo antes explicitado era el querer del legislador, es el artículo 352 procesal, porque establece que los preacuerdos después de la formulación de la acusación solo pueden generar una rebaja concreta de la tercera parte, proporcional ello con la rebaja que se le concede al procesado que se allana a cargos en la audiencia preparatoria (art. 356 *idem*). Es cierto que frente a los preacuerdos, diferente a lo de los allanamientos, hay más espacio de acción; como se observa claramente de sus respectivas regulaciones normativas, pero por ser dos manifestaciones de una misma institución, como es la justicia premial, las rebajas que se concedan por cualquiera de las dos vías tienen que ser proporcionadas y equiparables de forma razonable para evitar acciones fraudulentas o simplemente incuriosas de las partes o de una de ellas.

En ese sentido, aquí se habrá de establecer una regla muy importante: si la máxima contribución de un procesado a la Administración de Justicia se da en el allanamiento a cargos en la audiencia de imputación porque es una aceptación de responsabilidad incondicional de parte de aquel en su primer contacto con esta y ello da un máximo beneficio de hasta un 50%,

ningún preacuerdo posterior podrá sobrepasar ese límite. Para que quede claro, ninguna negociación puede comportar una rebaja de más de la mitad de la pena.

5. La celebración de los preacuerdos es una institución que se consagra en el artículo 348 *ibidem* de la siguiente manera:

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.

Como claramente se puede observar, esta norma no es una disposición ordinaria en donde se establecen meras recomendaciones, buenas maneras, consejos o simples criterios que, eventualmente, pueden ser tenidos en cuenta por el operador jurídico, sino que consagra verdaderos principios y garantías procesales que rigen los preacuerdos y prevalecen sobre cualquier norma de inferior jerarquía, al tenor de lo establecido en el artículo 26 procesal. Por lo tanto, cada uno de esos principios ahí establecidos son de obligatorio cumplimiento y tienen eficacia normativa.

En ese sentido y solo para relieves dos cuestiones muy importantes, los preacuerdos que se celebren entre la Fiscalía y el bloque de la defensa deben perseguir la humanización de la actuación procesal y la pena, para lo cual es absolutamente indispensable que en la celebración del mismo intervengan tanto el ofendido como el procesado, para que se ventilen sus puntos de vista frente a la solución del caso. Así, la participación de víctima y victimario es *conditio sine quanon* de la legalidad de la negociación.

Adicionalmente, los preacuerdos indiscutiblemente habrán de aprestigiar a la Administración de Justicia, por lo que será en cada caso en particular, que el juez analizando la gravedad del caso, la situación de las víctimas, el daño causado y la naturaleza del beneficio otorgado, que determinará si la negociación honra este principio para tener esto como un criterio adicional a efectos de avalar o no el preacuerdo.

6. Por último, de conformidad con el artículo 349 procesal, cuando el procesado haya obtenido un incremento patrimonial a raíz de la comisión de la conducta punible, no es admisible ningún acuerdo hasta que no devuelva, por lo menos, el 50% del incremento ilícito y garantice el pago del otro 50%. Esta regla obviamente se extiende también a los allanamientos a cargos, bajo el principio de que el delito no puede ser fuente de derechos.

Con toda consideración,

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. The signature is positioned above the name and title of the signatory.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado