



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, lunes, veintidós de agosto de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0098 del diez de agosto de dos mil veintidós

Magistrado Ponente

Ricardo De La Pava Marulanda

Al no haber sido aprobado el proyecto presentado por el Honorable Magistrado LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO, corresponde a este Despacho elaborar el que recoge el pensamiento de la mayoría. Se trata de la apelación interpuesta y sustentada por el señor defensor contra el fallo proferido el 03 de febrero de 2022 por la Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante el cual condenó al señor JUAN STEVENS VÁSQUEZ AGUILAR a la pena principal preacordada de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, por hallarlo responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO (inciso 2º del artículo 340 del código penal).

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"Se tiene que, en los barrios Cabañas, Barrio Nuevo, Cabañitas, La Florida, El Obrero, La Gran Avenida, El Mesa, El Carmelo, entre otros sectores del Municipio de Bello Antioquia, desde enero del 2014 hasta el 18 de febrero del 2016, el señor JUAN STEVENS VASQUEZ AGUILAR alias JUANITO, JUANO o RODRIGO identificado con la cédula Nro. 1.020.394.924, SE CONCERTÓ con los señores conocidos con los alias de ALIAS TOM, ELKIN CHATA, ALEX MENTIRA, TULA, MENTIROSO, ESTRELLITA, LA ZORRA, MONO CHATA, EL CALVO, RUÑIDO y otras personas, para cometer conductas punibles como DESPLAZAMIENTOS FORZADOS, HOMICIDIOS y TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, manteniendo a la comunidad de estos sectores en un ambiente de pánico, terror, zozobra, desestabilizando las principales instituciones del estado. Dicho grupo de personas se autodenominaban "LOS CHATAS" y tenía como finalidad obtener el control de los sectores para hacerse con las rentas que se derivan de sus actividades tales como el tráfico de estupefacientes, para lo cual cada uno tenía un rol definido como el señor JUAN STEVENS VASQUEZ AGUILAR alias JUANITO, JUANO o RODRIGO coordina las actividades de estupefacientes en el callejón de la rosa, barrio Carmelo de Bello".

En diligencias preliminares realizadas el 27 de junio de 2019 ante la Juez Novena Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, el Fiscal 61 Especializado le formuló imputación al señor JUAN STEVENS VÁSQUEZ AGUILAR por la autoría del delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Juan Stevens Vásquez Aguilar

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05088 60 00200 2009 00417

(0215-22)

inciso 2º, del código penal), cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento preventiva privativa de la libertad en su lugar de residencia.

El 14 de diciembre de 2021 fue radicado el escrito de acusación y el día 03 de febrero de 2022 se instaló la audiencia de formulación en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, oportunidad en la cual el delegado Fiscal solicitó que se cambiara el objeto de la diligencia por cuanto había llegado a un preacuerdo con el imputado, pasando a manifestar que la convención consiste en que el señor JUAN STEVENS VÁSQUEZ AGUILAR acepta la autoría de la conducta punible de concierto para delinquir agravado, y en contraprestación la Fiscalía elimina la circunstancia de agravación punitiva referida en el inciso segundo del artículo 340 del código penal, pactando un pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, negociación que fue avalada por la judicatura de primera instancia previa verificación de que el procesado obró de manera libre, consciente, voluntaria y plenamente asesorado por su defensor.

Acto seguido se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y se dio lectura a la sentencia conforme a lo acordado, negándosele al condenado el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión que es objeto de impugnación por parte de la defensa frente a este tópico en concreto.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En punto de la controversia, señaló la a quo que al verificar la exigencias contenidas en el artículo 63 del código penal, se observa que en el presente asunto si bien la pena impuesta no excede de 4 años, debe tenerse claro que el delito que se examina para decidir si se concede o no el sustitutivo penal es CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO pues la eliminación del agravante se hizo con el objeto único de aminorar la pena establecida legalmente para la conducta delictiva atribuida como consecuencia de la celebración de la negociación, resultando entonces claro que la figura utilizada sólo opera como una ficción que se dirige a obtener un único beneficio permitido como lo es atenuar la sanción a imponer, pero que el procesado aceptó su responsabilidad por el delito imputado y acusado.

En concordancia con lo anterior, adujo la falladora que no se cumple con uno de los factores objetivos teniendo en cuenta que el delito de concierto para delinquir agravado, por el que se emite sentencia, se encuentra enlistado en las prohibiciones reguladas en el artículo 68A del código penal, hipótesis bajo la cual se acoge el pronunciamiento realizado por una sala de decisión del Tribunal Superior de Medellín dentro del CUI 050016000206201908485, además de la decisión proferida en este mismo sentido por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 50000 de 2018.

Agregó la juez de primera instancia que, en ese sentido, se entiende que los fines del preacuerdo están relacionados

con aligerar la pena más no con pretender modificar la realidad de los comportamientos ejecutados, y en salvaguarda del principio de legalidad se opta por una postura como la expuesta, por lo que la sentencia se proferirá por el delito realmente reconocido pero teniendo en cuenta el descuento punitivo generado a partir de la negociación efectuada, puesto que en el caso materia de estudio es claro que para la negociación las partes se valieron de la eliminación del agravante pero que el procesado aceptó la responsabilidad penal como autor del delito de concierto para delinquir agravado, circunstancia bajo la cual no se colman los presupuestos para concederle los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El señor defensor sustenta su inconformidad planteando que el preacuerdo consistió precisamente en la eliminación del agravante específico del punible endilgado a su prohijado, razón por la cual erró la Juez de primera instancia al condenarlo por el delito de concierto para delinquir agravado, desacierto que además derivó en la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando era dable otorgarla por cuanto la conducta de concierto para delinquir simple no se encuentra enlistada en el canon 68A del código penal y por tanto no existe ninguna prohibición para ese reato.

Continuó anotando que con la decisión de la a quo se vulneran garantías procesales como el debido proceso y la legalidad de la pena, y se afecta la congruencia que debe de existir

entre lo pactado y el fallo que se emite por la judicatura, pues se modificaron los términos negociados por las partes, desconociéndose de paso que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento.

En consecuencia, deprecó el recurrente que se revoque la decisión de la primera instancia y en su lugar se conceda la suspensión condicional de la pena a su poderdante.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el fallo proferido en este proceso por la Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Medellín. En razón de la limitación temática de la segunda instancia sólo examinaremos el único punto del disenso y es el relacionado con la negativa de la a quo de conceder al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El disenso planteado por el señor defensor está basado en que a su prohijado se le fijó la pena prevista para del delito de concierto para delinquir simple bajo el cual deviene procedente la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin que pueda decirse que la modificación del tipo penal haya sido únicamente para cumplir con la finalidad acordada en relación con la disminución punitiva, pues en el preacuerdo celebrado entre las partes quedó establecida la eliminación de la agravante contenida en el inciso 2º del artículo 340 del código penal,

razón por la cual resulta errado el análisis realizado por la falladora al momento de emitir el juicio de reproche por un delito distinto al que fue negociado y aceptado por el señor JUAN STEVENS VÁSQUEZ AGUILAR.

Al respecto, tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha fijado una sólida línea en punto de definir que cuando la modificación de la conducta punible (referida a la aplicación de normas no concordantes con el caso específico) se presenta con la única intención de otorgar una rebaja punitiva como contraprestación por la negociación, de ninguna manera se puede entender que la situación fáctica y jurídica inicialmente atribuida se haya variado, y por tanto es sobre esa imputación original que se siguen rigiendo las demás repercusiones procesales y legales.

Y es que frente a lo inmediatamente aludido tenemos que en la sentencia SP2073-2020, con radicación N° 52227 del 24 de junio de 2020, la Alta Corporación se expresó en los siguientes términos:

"6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen

a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”(Subrayas fuera del texto original).

Pues bien, frente a la tesis expuesta por el recurrente respecto a que la eliminación de la agravante contenida en el inciso segundo del artículo 340 del código penal debe regir de manera plena frente a todos los efectos legales derivados de la declaratoria de responsabilidad penal, esta Corporación pasará a revisar los términos fijados en el preacuerdo en aras de determinar si bajo ese entendido la judicatura de primera instancia erró en la solución que le dio al caso objeto de estudio. Entonces, en la audiencia del 03 de marzo pasado el delegado de la Fiscalía indicó que:

*"EI imputado, en presencia de su defensor, de manera libre, consciente, voluntaria, espontánea y debidamente informado, **acepta y se declara penalmente responsable** como a continuación se relaciona: a título de dolo, **en calidad de autor, del delito de concierto para delinquir agravado**, conducta punible prevista en el artículo 340 inciso 2, libro segundo, Título XII, delitos contra la seguridad pública, Capítulo Primero: del concierto, Ley 599 de 2000, que contempla una pena 8 a 18 años de prisión y multa de 2.700 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se deja constancia que **la única contraprestación que recibirá el imputado en virtud de este preacuerdo consiste en la eliminación de agravación punitiva referida en el inciso segundo del artículo 340 del código penal,***

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Juan Stevens Vásquez Aguilar

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05088 60 00200 2009 00417

(0215-22)

y como consecuencia se pactaría la pena mínima del delito definido en el artículo 340 inciso primero, valga decir 48, meses de prisión.”

De conformidad con lo anterior, de manera clara se extrae que la eliminación del agravante contenido en el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 en este evento se dio con el propósito exclusivo de concederle al señor JUAN STEVENS VÁSQUEZ AGUILAR un pena inferior a la que originalmente sería acreedor, ello por su aceptación de cargos a través del preacuerdo, razón por la cual para las demás consecuencias jurídicas, incluido el análisis de la concesión de subrogados o beneficios penales, deben seguirse las normas aplicables a la hipótesis factual atribuida, esto es, concierto para delinquir agravado, conclusión que se encuentra soportada en el desarrollo jurisprudencial aducido al inicio del abordaje de este problema jurídico.

En este sentido, debe decirse que no le asiste razón al censor cuando afirma que al haberse retirado el agravante del inciso 2º del artículo 340 del código penal la consecuencia es la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a favor del acusado por cuanto la conducta delictiva de concierto para delinquir no se encuentra enlistada en el artículo 68A íbidem, pues, se reitera, el delegado de la Fiscalía manifestó de manera directa y concreta que el señor JUAN STEVENS VÁSQUEZ AGUILAR aceptaba su responsabilidad penal a título de autor frente al delito de concierto para delinquir agravado, lo que quiere decir que la forma seleccionada para la celebración del preacuerdo se constituye en un instrumento o mecanismo para disminuir la pena a imponerle, traduciéndose ello en que efectivamente se negoció el reconocimiento de la conducta punible de concierto para delinquir,

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Juan Stevens Vásquez Aguilar

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05088 60 00200 2009 00417

(0215-22)

pero única y exclusivamente para que se aplicara la pena fijada en el numeral 1° del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, mas no como una modificación de la premisa fáctica de la imputación.

Entonces, como quedó claro con la jurisprudencia transcrita en precedencia, y de acuerdo con los términos en que se llevó a cabo el preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado, en este evento no se satisface el numeral 2° del artículo 63 del código penal, pues el delito por el cual fue condenado de manera consensuada y anticipada el señor JUAN STEVENS VÁSQUEZ AGUILAR se encuentra enlistado en el artículo 68A ibídem, lo que obliga a la judicatura a negar cualquier subrogado penal, incluyendo obviamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Con base en todo lo anterior, esta Corporación, en su mayoría, ratificará la sentencia proferida el 03 de febrero de 2022 por la Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Medellín.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, por mayoría, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de febrero de 2022 por la Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Medellín, en cuanto es materia de apelación.

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Juan Stevens Vásquez Aguilar

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05088 60 00200 2009 00417

(0215-22)

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 del código de procedimiento penal, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



LEONARDO FERRÁN CERÓN ERASO

Magistrado

Salvamento de voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050886000200200900417
Procesado: Juan Stevens Vásquez Aguilar
Delito: Concierto para delinquir agravado
M. Ponentes: Ricardo De La Pava Marulanda
Rafael María Delgado Ortiz

SALVAMENTO DE VOTO

En este caso, con el mayor respeto, debo manifestar mi inconformidad con la decisión de la Sala Mayoritaria, haciendo uso de los argumentos que se plantearon en la ponencia derrotada, en lo que incumbe:

7.1 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 condiciones¹

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 función acusadora no podía crear tipos penales y por ende el juicio de imputación estaba sometido a los principios de

¹ Corte Constitucional, sentencias C-591 y C-592 de 2005

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.²

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 proceso³.

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

² 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.

³ Radicados 27759 del 12 de septiembre de 2007 y 31280 del 8 de julio de 2009.

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.

Esta posición fue morigerada, surgiendo una tercera línea, a través de providencias posteriores⁴, 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

⁴ 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.

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 novedosa de la justicia premial, como se verá a continuación:

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 SU479 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 inadmissible 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 repetición⁵.

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

⁵ Página 58, radicado 52227 del 24 de junio de 2020 CSJ

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 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 compartirlos⁶. 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.

⁶ Corte Constitucional, rads. C-836-2001, SU-479 de 2019, entre otras muchas más.

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, la Sala en este caso, optará por hacer una explicación detallada de las razones que la 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.

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 de la Sala -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.”⁷.

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

⁷ Artículo 350 del CPP

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 esta Sala 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 el 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”⁸, estableció que los destinatarios de la misma únicamente son los fiscales y los funcionarios de Policía Judicial:

“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

⁸ <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/normatividad/>

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 independencia⁹.

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

⁹ Art. 230 constitucional

a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.¹⁰

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.

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, esta Corporación se apartará de manera muy respetuosa 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

¹⁰ C.S.J. Radicado 42.184 del 15 octubre de 2014

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 tendrá este Tribunal 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, 50659 del 8 de julio de 2020 y las demás que vienen consolidando el nuevo precedente, 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 Tribunal 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 preacuerdos¹¹, dos de

11

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

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 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

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 repetición¹¹.
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.

y beneficios), pues aquel estaría anclado al delito original y no la preacordado.

Si partimos de que basamentos de un modelo de justicia con tendencia acusatoria son el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la independencia de roles entre el acusador, el defensor y el juez; que no puede haber proceso, juez ni sentencia sino hay acusación previa (*nemo iudex sine actore*); que la acusación es el marco factico jurídico del juicio y, por supuesto, de la sentencia (principio de congruencia) y que 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 inadmisibles 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 dimanen, 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.”¹², 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, 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

¹² Rads. 46.684, 46.101, 43.356, 45736 todas del año 2016 y 44906 de 2014

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 cuándo se presenta una verdadera actitud de arrepentimiento, en qué consiste, cómo se consolida, etc., pues esto es una concepción personal de la que difícilmente puede tenerse certeza.

Por todas las anteriores razones, esta Sala 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 será acogido por la Sala de Decisión Penal, 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.

Esta Colegiatura considera totalmente legítimas 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 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 premial, 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 la Sala, 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 respetar los derechos a la verdad y la justicia de la víctima y en general de toda la sociedad, no desprestigiar la Administración de Justicia y 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 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 la Sala 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.

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 y eso dependiendo si dentro del caso no se está en presencia de una situación de captura en flagrancia, porque si eso es así, la rebaja tampoco podrá superar la cuarta parte de ese 50% (art. 301 procesal).

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 aprestigar 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 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 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 para avalar o no el preacuerdo.

Caso concreto:

En el presente evento la Fiscalía imputó al señor **Juan Stevens Vásquez Aguilar** el delito de concierto para delinquir agravado, contemplado en el artículo 340 inc. 2 del código de las penas, por los hechos que lo vinculan como integrante de la organización delincuenciales denominada “Los Chatas”.

Se acordó por las partes que el señor **Vásquez Aguilar** aceptara los cargos a cambio de la supresión del agravante y la imposición de una pena de prisión de 48 meses de prisión.

Dicho acuerdo lo aprobó la juez, y procedió a dictar la sentencia condenatoria con base en los términos de la negociación realizada por las partes; empero, al momento de determinar la concesión de beneficios y subrogados penales en favor del acusado, negó el otorgamiento de estos dándole aplicación al nuevo precedente de la Corte Suprema de Justicia, al acoger el criterio que para la evaluación del acceso a los subrogados debía tenerse en cuenta el delito inicialmente imputado y no la calificación jurídica derivada del preacuerdo, criterio que no comparte la Sala por lo que se expone a continuación:

Como ya se explicó con suficiencia en el acápite que precede, si se tiene que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 350 del código de procedimiento penal, el acuerdo celebrado entre acusado y Fiscalía hace las veces de acusación, ello implica, sin más, que el convenio procesal es el marco fáctico-jurídico de la actuación penal y, por supuesto, de la sentencia.

Por consiguiente, todas las situaciones que se derivan a partir de la presentación del acuerdo deben ser analizadas a la luz de este nuevo cargo como preservación irrestricta al principio de congruencia, visto como un eje fundante del sistema adversarial con tendencia acusatoria que rige en el territorio nacional, siendo también susceptible de ello la calificación jurídica del delito por el cual se emite condena.

En consecuencia, las valoraciones atinentes al otorgamiento de subrogados y mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, deben ser analizados a la luz del resultado del preacuerdo y no, como lo hizo la funcionaria de primer nivel, siguiendo en ello a la Sala de Casación Penal, con fundamento en el delito inicialmente

imputado. La razón de ser de lo anterior es sencilla, el nuevo marco de legalidad del proceso se rige por lo presentado por las partes en su aceptación consensuada de responsabilidad, vista esta como la nueva estructuración de la pretensión punitiva del Ente Acusador.

No desconoce la Sala que la funcionaria de primer nivel dejó sentado en su sentencia que la negociación solo se hizo para efectos punitivos, al estilo de la Sala de Casación Penal; pero ello, en criterio respetuoso del suscrito, sí implica una afectación del principio de legalidad y del debido proceso por asignársele a un tipo penal una pena que no le corresponde de conformidad con lo reglado normativamente, máxime cuando la calificación jurídica derivada del preacuerdo no contrae un desfase de los hechos jurídicamente relevantes y se ajusta perfectamente a ese núcleo factico comunicado en la imputación y en el primer escrito de acusación.

Así las cosas, lo procedente en este asunto era evaluar la concesión de los beneficios y subrogados desde la calificación jurídica otorgada en el preacuerdo, esto es, el delito de concierto para delinquir simple y no desde el agravado como lo hizo la *a quo*.

En consecuencia de todo lo expuesto, lo procedente en este caso para el suscrito era inaplicar esos criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que fueron acogidos por la Sala Mayoritaria y en su lugar conceder al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En estos términos dejo sentado el disenso.

Fecha ut supra

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

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado